

EDUARDO CALVERT

**EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO E VEDAÇÃO DE DECISÃO-SURPRESA
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DR. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS
BEDAQUE**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2020

EDUARDO CALVERT

**EFETIVIDADE DO CONTRADITÓRIO E VEDAÇÃO DE DECISÃO-SURPRESA
NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Titular Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Calvert, Eduardo

Efetividade do contraditório e vedação de decisão-surpresa no Código de Processo Civil ; Eduardo Calvert ; orientador José Roberto dos Santos Bedaque -- São Paulo, 2020.

149 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Processo Civil. 2. Princípio do contraditório. 3. Vedação de decisão-surpresa. I. dos Santos Bedaque, José Roberto, orient. II. Título.

CALVERT, Eduardo

Efetividade do contraditório e vedação de decisão-surpresa no Código de Processo Civil

Dissertação apresentada como requisito de aprovação para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, desenvolvida sob a orientação do Professor Titular Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor José Roberto dos Santos Bedaque, os meus agradecimentos não se motivam unicamente pela confiança que depositou em meu potencial e pela inestimável orientação durante as etapas do longo caminho do curso de mestrado. Não tenho dúvidas de que o “Professor Bedaque” é o melhor professor que já tive; além de ser um acadêmico brilhante, detém uma capacidade didática ímpar que denota sua vocação para o mister de lecionar e o amor que dedica a esta atividade.

Obrigado, Professor, por fazer nascer também em mim o amor pelo processo civil, desde as aulas de teoria geral do processo e de processo civil quando eu ainda era um aluno de graduação no Largo de São Francisco. Obrigado pela orientação durante o curso de mestrado, pela solicitude e pela compreensão com minhas dificuldades. Espero que o resultado dos anos de trabalho esteja à altura de sua orientação!

Para o desenvolvimento deste trabalho foram de curial importância as percucientes críticas e considerações feitas por ocasião do Exame de Qualificação, em banca presidida pelo Professor José Roberto dos Santos Bedaque e composta pelos Doutores Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes e Lia Carolina Batista Cintra, os quais se dispuseram a analisar o trabalho então apresentado e a indicar os pontos de vista ainda não enfrentados e os caminhos que deveriam ser percorridos.

Estendo meus agradecimentos aos Doutores Clarisse Frechiani Lara Leite e Fernando Fontoura da Silva Cais, que, em companhia de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, coordenaram os seminários das matérias ministradas pelos Professores Cândido Rangel Dinamarco e José Roberto dos Santos Bedaque no Curso de Pós-Graduação. Os incontáveis ensinamentos e as longas discussões que eram travadas sob a regência destes coordenadores trouxeram a maturidade necessária para a elaboração deste trabalho.

Agradeço ao colega e amigo Robson Barbosa Lima e aos incansáveis e sempre solícitos Eduardo Kenji Yamamoto e Talissa Micaeli Landre Maki, os quais se dispuseram a ler as versões preliminares do presente trabalho e a fazer críticas e sugestões essenciais para a correção de lacunas.

Agradeço, por fim, ao também colega e amigo Bruno Machado Miano, por ter sua biblioteca sempre à disposição para ajudar nas minhas pesquisas.

A Denise, Davi e Benício, motivos de todos meus esforços e do desejo de me tornar a cada dia uma pessoa melhor.

CALVERT, Eduardo. Efetividade do contraditório e vedação de decisão-surpresa no Código de Processo Civil. 2020.149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar os limites de aplicação da regra insculpida no artigo 10 do Código de Processo Civil, a qual veda a prolação das chamadas “decisões-surpresa” pelo magistrado no âmbito do processo civil. O Código de Processo Civil, promulgado em 2015 e vigente desde 2016, acatou a tendência doutrinária e os precedentes legais de diversos outros ordenamentos jurídicos e incorporou ao princípio do contraditório outros conteúdos que extrapolam a mecânica de mera contraposição de teses representada pelo binômio “informação-reação”. A regra do artigo 10 do Código de Processo Civil, ao vedar ao juiz que decida com base em fundamento sobre o qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar, explicita a existência dos direitos de participação, de influência no conteúdo das decisões judiciais, de consideração pelo magistrado dos argumentos das partes e de não surpresa, todos inerentes ao princípio do contraditório lido em suas feições contemporâneas. Para a verificação da abrangência da aplicação da disposição legal, serão aplicadas técnicas hermenêuticas para a interpretação do texto da norma e para identificação precisa de suas hipóteses de incidência. Esperamos, com o presente estudo, tratar de forma objetiva a aplicação prática da disposição legal, apontando dentre as situações em que ao magistrado é possível decidir com base em fundamento não apontado especificamente pelas partes durante os debates, aquelas em que a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil deve ser observada.

Palavras-chave: Contraditório. Decisão-surpresa. Normas-princípio. Normas-regra. Ponderação. Artigo 10 do Código de Processo Civil. Interpretação. Matéria cognoscível de ofício. *Iura novit curia*. Fatos simples.

CALVERT, Eduardo. Effectiveness of adversarial principle and prohibition of surprise-decisions in the Code of Civil Proceedings. 2020.149 f. Thesis (Master in Law) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

This dissertation aims at analyzing the limits for application of the rule described in article 10 of the Brazilian Civil Procedure Code, which prohibits the enactment of the so-called “surprise decisions” by a judge within civil proceedings. The Code of Civil Procedure, promulgated in 2015 and in force since 2016, accepted the doctrinal tendency and legal precedents of several other law systems and incorporated into the adversarial principle other contents that go beyond the mechanics of mere opposition of thesis which is represented by the binomial “information- reaction”. By prohibiting a judge from deciding based on arguments about which the parties have not had an opportunity to express their views, the rule in Article 10 of the Code of Civil Procedure emphasizes the existence of rights to participate, to influence the content of court decisions, of the parties having their arguments considered by the magistrate and of no surprise, all of those inherent in the adversarial principle approached in its contemporary features. In order to verify the comprehensiveness of the application of the legal provision under study, hermeneutic techniques will be utilized for interpretation of the legal text and for the precise identification of the hypothesis where it can be used. With this study, we expect to objectively address the practical application of such legal provision, pointing out among the situations in which the magistrate can decide based on an argument not specifically brought up by the parties during the debates, those situations in which the rule of article 10 of the Code of Civil Procedure must be observed.

Key-words: Adversarial principle. Surprise decision. Principles. Rules. Weighting. Article 10 of the Civil Procedure Code. Interpretation. *Ex officio* performance of the judge. *Iura novit curia*.

SUMÁRIO

1. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	11
1.1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1.1.1 O CONTRADITÓRIO EM SUA CONCEPÇÃO ESTÁTICA	12
1.1.2 DO PROCESSO MEDIEVAL AO PROCESSO MODERNO	14
1.1.3 O CONTRADITÓRIO EM SUA CONCEPÇÃO DINÂMICA.....	18
1.1.4 O CONTEÚDO DO CONTRADITÓRIO DINÂMICO	23
2 O CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	27
2.1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA NO DIREITO ESTRANGEIRO	27
2.1.1 ITÁLIA.....	28
2.1.2 PORTUGAL.....	32
2.1.3 ALEMANHA	38
2.2 O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	45
2.2.1 VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA.....	51
3 OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS.....	54
3.1 AS NORMAS, OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS.....	54
3.2 CONTRADITÓRIO, CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA	63
3.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO.....	70
3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	76
4 ARTIGO 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	78
4.1 A INTRODUÇÃO DA REGRA DA VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	78
4.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO	83
4.3 TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS-REGRA: HIPÓTESE DO ARTIGO 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	84
4.3.1 MÉTODOS GRAMATICAL E LÓGICO DE INTERPRETAÇÃO	87
4.3.2 MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETAÇÃO.....	91
4.3.3 MÉTODO SISTEMÁTICO DE INTERPRETAÇÃO	93
4.3.4 MÉTODO TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO	94

5 ANÁLISE DE HIPÓTESES CONCRETAS DE APLICAÇÃO DA REGRA DE VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA.....	97
5.1 QUESTÕES DE DIREITO PROCESSUAL COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO PELO JUIZ.....	97
5.2 QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO PELO JUIZ ...	106
5.3 <i>IURA NOVIT CURIA</i>	113
5.4 FATOS SIMPLES.....	125
5.5 EXCEÇÕES: IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL	131
6 CONCLUSÕES.....	134
BIBLIOGRAFIA.....	138

1 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

1.1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O contraditório, que atualmente é consagrado como garantia fundamental e princípio de ordem constitucional, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal¹, amplamente referenciado na legislação infraconstitucional, transformou-se durante a sua evolução histórica, acompanhando a evolução do Estado e do Poder Jurisdicional, até adquirir os contornos atuais².

Apesar de sua íntima relação com a teoria do processo e da antiguidade de seu estudo doutrinário e de sua aplicação prática, a inclusão do contraditório como princípio constitucional e garantia fundamental só foi realizada, entre nós, pela Constituição Federal de 1988.

Os diplomas constitucionais anteriores, desde a carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, utilizavam-se do termo “contraditória” unicamente para se referir à instrução criminal e, portanto, aos direitos de defesa dos acusados nessa seara. Redação idêntica ou similar foi mantida pelos textos de 1946, 1967 e 1969, tendo o princípio do contraditório sido assegurado expressamente apenas com a Constituição atual³.

¹ “Art. 5º, 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”. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

² Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os princípios “haurem seu significado, alcance, extensão e aplicação nos valores imperantes no meio social, em consonância com o *specificum* de cada tempo e espaço social. O princípio do contraditório não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do contraditório**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999. p. 133).

³ SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 52-55. No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira aponta a novidade da inclusão do princípio do contraditório, dentre outros, na Constituição de 1988: “A Constituição igualmente consagrou, em termos expressos, certo número de princípios que as anteriores Cartas Federais ou não contemplavam ou contemplavam unicamente para o *processo penal*. Têm nível constitucional (e, portanto, não podem deixar de ser respeitadas pela legislação processual – civil, inclusive) as garantias do “juiz natural” ou “legal” (art. 5º, ns. XXXVII e LIII), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) [...]” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil brasileiro: uma apresentação**. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 2).

Por se tratar de um princípio constitucional, norma aberta formada por conceitos vagos ou indeterminados, o conteúdo do princípio do contraditório demanda definição e limitação a partir de interpretação com base nos demais valores abrangidos pela Constituição e pela sociedade em dado momento histórico. Seu objeto não é facilmente identificável no mundo dos fatos⁴.

1.1.1 O CONTRADITÓRIO EM SUA CONCEPÇÃO ESTÁTICA

Tradicionalmente, em tempos modernos, o contraditório foi delineado em seu aspecto formal, restringindo sua aplicação às partes em disputa e prevendo a possibilidade de manifestação previamente à decisão do magistrado. Lido nesta sua conformação, o contraditório garantiria às partes, simplificada, os direitos à informação ou à comunicação acerca dos atos processuais e à impugnação, reação ou manifestação acerca deles.

A clássica definição do contraditório nesta versão formalista é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”⁵.

Importante salientar que o princípio do contraditório acompanha igualmente tanto o direito de ação como o direito de defesa, não se ligando exclusivamente a este último. O exercício do direito de ação e do direito de defesa se dá por meio do contraditório, conforme já destacava Nelson Nery Júnior ao afirmar que “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 manifestações do princípio do contraditório”⁶.

Trata-se de princípio que protege tanto o autor como o réu. Ambos podem articular suas razões de fato e de direito e produzir provas com oportunidades idênticas, sendo franqueada a ambos a comunicação dos atos processuais e assegurada a possibilidade de

⁴ “Os conceitos vagos ou indeterminados são expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 151).

⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973. p. 82.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 205.

reação respectiva⁷; ambos, autor e réu, detêm o mesmo poder de influenciar a decisão a ser proferida pelo magistrado.

Pode-se afirmar que o contraditório tem íntima relação com o princípio da isonomia, no sentido de que todas as pessoas detêm o direito às mesmas oportunidades de pedir, alegar e provar, assim como a todos deve ser assegurado o direito de reagir aos atos que lhes forem desfavoráveis. Autor e réu devem ser tratados de maneira igualitária, sendo-lhes franqueadas as mesmas oportunidades de influir sobre a decisão a ser tomada⁸.

O contraditório, portanto, não se confunde com o direito de defesa. Muito embora a ampla defesa e o contraditório possuam diversos pontos em comum, muitas vezes assegurando na prática os mesmos direitos (como o direito de produzir provas acerca de suas alegações ou de ter seus argumentos analisados e valorados pelo magistrado), é inegável que não se confundem, uma vez que detêm conteúdos diversos.

A informação das partes acerca dos atos praticados no processo é essencial para possibilitar o exercício do contraditório. Este é o primeiro conteúdo do princípio do contraditório, o qual é necessário para que as partes possam se manifestar sobre os atos do processo: a ignorância sobre o que ocorre no processo impossibilitaria os interessados de reagir e de exercer o contraditório.

O segundo conteúdo formal do princípio do contraditório é a possibilidade de as partes contrariarem os atos processuais, impugnando-os ou reagindo a eles. É o direito à audiência prévia, que permite às partes deduzir suas pretensões e defesas e, conseqüentemente, produzir as provas necessárias à demonstração do quanto alegado⁹.

⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito de defesa e tutela jurisdicional**: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 45-46.

⁸ SOUZA, André Pagani de. **Vedação das decisões-surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 82-83.

⁹ Isso porque “o direito à produção de provas integra o contraditório do mesmo modo que este é integrado pelo direito de fazer alegações, argumentar, enfim, manifestar-se” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005. p. 68, nota 154); o direito à prova “é um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 166).

Este segundo conteúdo do princípio do contraditório apresenta-se como uma faculdade ou um ônus das partes, de forma que a garantia do contraditório estaria assegurada com a mera possibilidade de a parte se manifestar, ainda que não o faça.

O contraditório foi reduzido pelo direito ocidental, a partir da Idade Moderna (período compreendido entre os séculos XV e XVIII) e mais expressivamente entre os séculos XVIII e XIX, a este aspecto formal, traduzindo a ótica mecânica de mera contraposição de teses, o que perdurou até o final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando o contraditório retomou o seu fundamento ético e jusnatural.

1.1.2 DO PROCESSO MEDIEVAL AO PROCESSO MODERNO

A evolução do *ordo iudicarius* medieval para o processo em sentido moderno representou também a transição entre o modo de pensar orientado pelo problema e pela lógica argumentativa, próprio da Idade Média, para um modo de pensar sistemático, objetivo e formal, modelado sobre o saber científico, próprio da Idade Moderna¹⁰.

Houve, nessa evolução, uma fratura em relação à forma de estruturação do raciocínio jurídico. Nas palavras de Otávio Augusto Dal Molin Domit,

se o período medieval mostrou-se abastecido pela lógica dialética, campo do discurso argumentativo realizado com base na lógica do provável e de construção de soluções dialogadas e coletivas, a época moderna forjou uma ciência jurídica assentada na lógica apodítica e tendo como ferramenta de trabalho a verdade demonstrativa, clara e distinta, em vez de provável, fruto da razão individual e de esquemas preestabelecidos de raciocínio.¹¹

A diferença entre os modelos processuais tem por fundamento os distintos conceitos filosóficos da *verdade*, o que gera consequências sobre a atividade processual.

¹⁰ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir*: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016. p. 86.

¹¹ Ibidem, p. 81.

Aristóteles distingue a *apodítica*, ou ciência demonstrativa e verdadeira, da *dialética*, ou argumentação discursiva e provável. O “silogismo apodítico”, ou científico, seria aquele que não somente coliga corretamente as premissas com a conclusão, mas que parte também de premissas verdadeiras para chegar a conclusões verdadeiras. O critério é constituído da verdade objetiva, as conclusões daí decorrentes não são somente lógicas, mas também verdadeiras e, portanto, este seria o único silogismo que teria valor do ponto de vista da ciência¹².

De acordo com o método apodítico, na relação sujeito-objeto, o importante é o objeto, pois possui características próprias independentemente do sujeito que irá analisá-lo; a razão já está nas coisas, não depende do sujeito. A lógica apodítica pressupõe a existência de uma verdade real, substancial.

Já os “silogismos dialéticos” são aqueles que têm opiniões como ponto de partida e opiniões como ponto de chegada. A dialética é essencialmente a arte do diálogo, da discussão e da persuasão; a verdade que se consegue alcançar é somente uma “verdade provável” (que, portanto, pode ser verdadeira ou falsa). O critério fundamental é constituído, pois, de opinião e de consenso¹³.

Segundo o modelo dialético, a verdade não se descobre, mas se constrói, por meio da argumentação.

O fundamento do procedimento medieval, como ensina Nicola Picardi, é representado pelo complexo de regras a que hoje denominamos “princípio do contraditório”, o qual constitui uma metodologia para a investigação da verdade. Segundo a concepção medieval, tal metodologia representava uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade entre as partes: o contraditório seria um instrumento para a

¹² PICARDI, Nicola. Diritto Moderno. **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, [s.d.], v. XXXVI. p. 107. José Souto Maior Borges explica a diferença entre o raciocínio apodítico e o raciocínio dialético a partir das premissas adotadas por cada um: “Desde as origens da lógica, portanto, o raciocínio apodítico (*demonstrativo*) difere do raciocínio dialético (*endoxa*) a partir da índole das premissas que cada um adota. No apodítico, as premissas, primeiros princípios, são havidas como verdadeiras, posto indemonstradas; no dialético, as premissas são opinativas e apenas prováveis. Há, pois, um silogismo em ambas as hipóteses (Aristóteles, **Primeiros analíticos**). A premissa dialética é adotada num debate apenas para fins de argumentação. A partir da demonstração, por via dedutiva, chega-se às conclusões verdadeiras; a partir da opinião – premissa dialética – não é possível evadir-se da opinião, do verossímil, do possível. Exemplo do raciocínio demonstrativo é, para Aristóteles, o raciocínio matemático”. (BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**: uma visão dialética. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 31)

¹³ PICARDI, [s.d.], p. 107.

investigação dialética da “verdade provável”, a qual não poderia ser alcançada autonomamente por uma mente individual¹⁴.

De acordo com esse modelo, as regras do procedimento possuiriam a função de compensar as diversas formas de desigualdade que se apresentam no processo, visando a assegurar a igualdade não apenas entre as partes, mas também entre o juiz e as partes. Ainda sob esta concepção, o contraditório foi elevado à categoria de direito natural, apontando Nicola Picardi que a tese jusnaturalista tornou-se “implícito fundamento da cultura processualista europeia”¹⁵.

A partir dos séculos XVII e XVIII, no entanto, o direito continental europeu observou a evolução do *ordo iudiciarius* medieval para o processo em sentido moderno, o qual adotava uma “ordem assimétrica” (em oposição à “ordem isonômica”, empregada anteriormente), na medida em que fundamentalmente apoiado sobre a autoridade, a hierarquia e a lógica burocrática, e construía o processo sob uma ótica científica e mecânica, como sequência ordenada de atos¹⁶.

Evidencia-se uma linha de decadência do princípio do contraditório: abandonando-se a metodologia dialética de investigação, o contraditório tendia a se resolver em uma mecânica contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças.

¹⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad. e rev. téc. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira explica, no mesmo sentido, as características do processo medieval europeu e a posição assumida pelo princípio do contraditório: “No processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual. O processo, fartamente influenciado pelas ideias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos ‘pontos de vista’ do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita” (ALVARO, 1999, p. 134).

¹⁵ PICARDI, 2008, p. 132.

¹⁶ Ibidem, p. 135-136.

No final do século XIX, em correlação mais ou menos direta com o espírito positivista que se difundia nas ciências jurídicas¹⁷, constatou-se o exaurimento da função axiológica do princípio do contraditório. Manteve-se a referência ao princípio do contraditório, mas tal fórmula havia perdido a referência originária ao direito natural e, assim, a sua carga ético-ideológica.

Conforme concluiu Daniel Mitidiero,

se o direito deixa de ser um problema que deve encontrar solução através do diálogo e passa a ser entendido como um objeto que os juristas têm de conhecer, pouca-se o papel das opiniões das partes a respeito da *res in iudicium deducta*, já que o resultado do processo será fruto de um silogismo judiciário pensado solitariamente, na medida em que a razão, segundo os cânones científicos da época, pode guiar individualmente os homens, sendo esse um valor completo em si mesmo.¹⁸

O direito deixou para trás o seu caráter problemático, a sua natureza de questão a ser resolvida em um esquema dialógico entre sujeitos, para se tornar um objeto que o jurista tem de conhecer, em uma relação solitária estabelecida entre ele (sujeito) e a coisa (direito) que é foco de sua investigação¹⁹.

O princípio do contraditório, deste modo, foi remetido a um papel secundário que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual; foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação²⁰.

A partir de então, chegou-se a apontar que o contraditório fosse mesmo um obstáculo à procura pela verdade, “pois o processo não deveria ser lugar da comunicação e

¹⁷ “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 277).

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 98.

¹⁹ DOMIT, 2016, p. 81.

²⁰ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p.112 e 117, fev. 2009.

do diálogo, mas sim da informação e do cálculo”²¹; o procedimento passou, desta forma, a se endereçar à resolução rápida e automática das controvérsias, utilizando-se da razão individual do julgador. Essa solução alcançou grande aceitação diante da crise de efetividade da justiça medieval, sobretudo em razão da longa duração dos processos decorrente, em boa medida, do uso abusivo dos instrumentos da tradição dialética (que resultava nas chamadas *lites immortales*).

Num momento extremo da exaltação do papel ativo do juiz e da consequente redução da importância do princípio do contraditório, nos anos 30 do século XX alguns doutrinadores chegaram a afirmar que a ausência do contraditório não impediria a obtenção de uma decisão justa, e que o contraditório seria um instrumento útil do processo, mas poderia se tornar num “estorvo” em casos em que se mostrasse desnecessário²².

Este foi o auge da visão do contraditório em sua concepção estática, a qual, nas palavras de Maira Coelho Torres Galindo, é “condizente com uma perspectiva monológica do processo, em que a formação do provimento judicial era unilateralmente desenvolvida pelo magistrado”²³.

1.1.3 O CONTRADITÓRIO EM SUA CONCEPÇÃO DINÂMICA

Após a Segunda Guerra Mundial²⁴, no entanto, com a ampla constitucionalização das garantias processuais e o desenvolvimento de teorias que inserem o direito de

²¹ DOMIT, 2016, p. 87.

²² Conforme explicava Nicola Picardi, citando passagens de Francesco Carnelutti e de Betti: “In effetti, la diversa impostazione d’ella tematica del contraddittorio contribuisce probabilmente a collocare nella giusta prospettiva le più autorevoli impostazione degli anni ’30. Ci si riferisce all’affermazione secondo la quale il principio del contraddittorio è ‘un mezzo del processo non un fine’ per cui ‘il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire, se non ve ne sono, è un ingombro’ [Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1933, n. 99, pp. 168-171], oppure a quella per la quale ‘la mancanza effettiva di contraddittorio non sta punto in contrasto logico col fine del processo, perchè l’attuazione della legge, attraverso una decisione giusta, può ottenersi anche senza la cooperazioni delle parti’ [Betti, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Roma 1936, p. 89]”. (PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, n. 3, p. 677, 1998)

²³ GALINDO, Maira Coelho Torres. **Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 97.

²⁴ Explicam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos que a decadência do positivismo é normalmente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, tendo em vista que estes movimentos promoveram a barbárie dentro de um quadro de perfeita legalidade (os principais acusados em Nuremberg

participação e de colaboração das partes no processo sob uma perspectiva democrática, o estudo do princípio do contraditório ganhou novos horizontes.

O contraditório passa a deter uma conotação dinâmica, como direito de as partes influírem sobre todos os elementos relevantes para a solução da causa, sejam de fato sejam de direito. A esta nova leitura do princípio que, a partir da segunda metade do século XX a doutrina passou a acolher e a reforçar, Leonardo Greco chama “contraditório participativo”, o qual

não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa²⁵.

O contraditório passa a ser encarado não mais como um instrumento de luta entre as partes, mas como uma ferramenta do juízo na busca da solução justa para o caso concreto, voltando a se posicionar como objeto central no fenômeno processual.

Ao discorrer sobre esta concepção dinâmica do princípio do contraditório, Nicola Picardi afirma que o processo deve obedecer a uma lógica composta por técnicas de argumentação e justificação, as quais tratam “do provável e do razoável”, e não “do necessário e do inevitável”; o contraditório ressalta como elemento essencial desta busca dialética pela verdade provável, conduzida em colaboração entre os atores do processo²⁶.

invocaram, em sua defesa, o cumprimento da lei e a obediência a ordens de autoridades competentes). Assim, ao final da Segunda Guerra Mundial, o pensamento esclarecido passou a repudiar a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos (BARROSO e BARCELLOS, 2005, p. 278).

²⁵ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: EdFDC, 2005. p. 545.

²⁶ No original: “Oggi si pone, però, il problema se la definizione del processo come procedimento a struttura e svolgimento dialettico non possa e non debba significare qualcosa diverso e di più. Nel quadro dei recenti orientamenti che tendono alla rivalutazione della retorica, Giuliani ha il merito di aver tentato di recuperare la specificità dei problemi dell'apocedura, legandola alle tecniche di una ragione sociale, dialettica e giustificativa. In questo quadro il contraddittorio non costituisce tanto un strumento di lotta fra le parti, quanto, piuttosto, uno strumento operativo del giudice e, quindi, un momento fondamentale del giudizio. Mentre alcuni procedimenti sono espressioni di una ragione calcolante, come tali anche formalizzabili (si pensi ad alcune tecniche di automazione applicate alla pubblica amministrazione), il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: el giudizio) obbedisce ad una logica diversa, a tecniche argomentative e giustificante. Una volta spostato l'angolo visuale del giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti. Siamo nell'ambito di una logica, non del necessario e dell'inevitabile, ma del probabile e del ragionevole [...].”

Neste mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio afirma ser o contraditório um instrumento do juiz para se alcançar um provimento justo por meio de um procedimento dialético em busca da verdade acerca dos fatos controvertidos²⁷.

Esta feição do princípio do contraditório, entendido como uma ferramenta dialética para a busca da verdade no processo, já era vislumbrada por Ada Pellegrini Grinover ainda antes do advento da atual Constituição Federal, ao afirmar que “o processo jurisdicional moderno [...] não pode abrir mão daquele tipo particular de colaboração que se realiza por intermédio do contraditório, exatamente entendido como método de busca da verdade baseado na contraposição dialética”²⁸.

Atualmente, portanto, entende-se que o contraditório, muito além de um mero instrumento a serviço do confronto entre as partes, é uma ferramenta dialética para se alcançar uma decisão justa; endereçando-se também ao próprio magistrado, que deve promover o debate entre as partes e, a partir da oposição dialética das opiniões, construir a decisão²⁹.

In questa direzione il contraddittorio viene, di nuovo, spostato, dai margini, al centro del fenomeno processuale: non è più una prova di forza, ma diventa uno strumento di ricerca della verità probabile” (PICARDI, 1998, p. 679-680).

²⁷ No original: “Né mi sembra risolutivo – aggiungerei – il rifarsi ad una indubbia (e non contestabile) duplicità di fini istituzionali del contraddittorio, il quale non è soltanto, per un verso, il punto d’equilibrio delle garanzie offensive e difensive delle parti, ma è anche, per altro verso, sul piano tecnico-politico, in ogni sistema processuale ispirato alla prevalenza del principio dispositivo, lo strumento d’elezione per l’accertamento dialettico della verità dei fatti controversi e, quindi, per il conseguimento di un ‘giusto’ provvedimento di tutela” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “Terza via” e processo “giusto”. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, n.2, p. 759-760, 2006)

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória**. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 4. Anote-se que o texto fora originalmente publicado no volume **O processo constitucional em marcha**, coordenado pela autora (São Paulo: Max Limonad, 1986).

²⁹ “Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso 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, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.

[...] Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda” (THEODORO JÚNIOR e NUNES, 2009, p. 109 e 120).

O juiz contemporâneo deve participar ativamente da direção do processo, não sendo mais simples espectador do duelo privado entre as partes³⁰; neste passo, além de todos os poderes-deveres de agir de ofício, deve o juiz propiciar e incentivar o debate entre as partes, do qual também deve participar, construindo o que a doutrina alemã denomina “comunidade de trabalho” (*arbeitsgemeinschaft*).

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, o juiz deve “desenvolver sua atividade de condutor do processo de forma ativa, buscando remover todos os obstáculos que se apresentem à efetividade do contraditório”³¹. A remoção dos obstáculos ao contraditório efetivo se dá por meio do estímulo prévio à participação das partes a respeito de qualquer questão, mesmo cognoscível de ofício, a fim de que as partes tenham efetiva possibilidade de influir na decisão³².

Incentiva-se uma participação efetiva das partes, garantindo-lhes influência real sobre as questões de fato ou de direito que se mostrem potencialmente relevantes à construção da decisão judicial. Além da vertente formal do princípio do contraditório, consistente na garantia de se manifestar, acrescenta-se um aspecto substancial, consistente no poder de influenciar a decisão do magistrado. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “o objetivo principal da garantia não é a defesa, entendida em sentido negativo como oposição ou resistência, mas sim a ‘influência’”³³.

Essa nova concepção de contraditório alinha-se à teoria da instrumentalidade do processo, tendo em vista que tem por fundamento básico a superação da ideia de processo privatístico e individualista, admitindo o processo como ramo do direito público e

³⁰ THEODORO JR., Humberto. **O processo de execução e as garantias constitucionais da tutela jurisdicional**. Direito e processo: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5, p. 78.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

³² *Ibidem*, p. 40.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O conteúdo da garantia do contraditório**. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 19. Nicolò Trocker, analisando o mesmo fenômeno, afirma tratar-se de uma “conotação positiva” do contraditório, consistente no poder de influência sobre o desenvolvimento e êxito do processo, em contraposição à “conotação negativa” de simples defesa ou oposição contra uma atuação alheia (TROCKER, Nicolò. **Processo e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 371).

identificando no exercício da jurisdição escopos sociais e políticos e a busca de objetivos caros ao próprio Estado³⁴.

O juiz deve participar ativamente do processo, não como mero espectador ou verificador do cumprimento de regras procedimentais, mas, sim, como órgão estatal que tem por dever dirigir o processo atento à sua finalidade maior, que é concretizar os valores fundamentais insculpidos na Constituição Federal, valendo-se de iniciativas como determinar a produção de provas ou incentivar a participação dos interessados por meio do diálogo judicial³⁵.

Tudo isso redundaria num juiz comprometido com os resultados do exercício do Poder Jurisdicional e com a concretização dos seus escopos. O julgador deve ser imparcial, mas não indiferente ao resultado útil do exercício da jurisdição. Apesar de não ser interessado diretamente nos direitos individuais em jogo, o Estado deve ser comprometido com o modo como o processo se desenvolve e termina³⁶.

Ademais, como ressaltou José Roberto Bedaque dos Santos, a visão instrumentalista do processo traz em si a ideia da importância do exercício do contraditório em cooperação entre os sujeitos do processo, afirmando que “para o idealizador da perspectiva teleológica, instrumentalista, a efetividade do processo depende fundamentalmente da garantia de participação de todos, inclusive do juiz, com observância o contraditório”³⁷.

³⁴ Segundo Antônio Passo Cabral: “Com efeito, desde há muito abandonou o direito processual o individualismo que o aprisionara no começo de seu desenvolvimento científico, consolidando-se a concepção publicista do processo. Admitindo o direito processual como ramo do direito público, identifica-se no exercício da jurisdição a busca do Estado em realizar objetivos que são seus e que precedem os interesses das partes envolvidas: objetivos sociais e políticos, dentre os quais destacamos aquele de assegurar a participação popular através do processo. [...] Por conseguinte, na esteira da concepção publicista da jurisdição, o processo representa outro cenário deste debate público, mais um canal pluralista de desenvolvimento da democracia deliberativa, sendo o princípio do contraditório o vetor processual normativo que realiza esse objetivo”. (CABRAL, Antônio Passo. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011. p. 197-201)

³⁵ SOUZA, 2014, p. 86-87.

³⁶ Sobre o comprometimento do juiz com o resultado útil do processo, Cândido Rangel Dinamarco faz precisa observação: “O processo civil moderno repudia a ideia do *juiz Pilatos*, que, em face de uma instrução malfeita, resigna-se a *lavar as mãos*, fazendo injustiça e atribuindo ao litigante omissa a má decisão que vier a proferir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. 1, p. 354).

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre.

É, outrossim, expressão do princípio democrático, conferindo aos cidadãos (partes) participação efetiva no momento de aplicação das normas pelo Poder Judiciário como elemento indispensável do devido processo legal. Nas palavras de Fredie Didier Jr., “democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório”³⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que a aplicação do princípio do contraditório em sua concepção dinâmica “exclui [...] o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial”, garantindo-lhe participação ativa no processo, com a possibilidade de “atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado”, tudo o que, segundo o autor, é expressão do respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos à democracia³⁹.

1.1.4 O CONTEÚDO DO CONTRADITÓRIO DINÂMICO

A partir desta nova leitura, o contraditório passa a ampliar seu conteúdo para abranger outros aspectos substanciais. Além dos direitos à informação e à reação, o contraditório passa compreender os direitos à participação no desenvolvimento do processo, à influência no conteúdo das decisões judiciais, à consideração pelo magistrado dos argumentos das partes e à não surpresa⁴⁰.

Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 6.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. **Gênesis – Revista de Direito Processual**, Curitiba, n. 29, p. 505, jul./set. 2003. No mesmo sentido, Welder Queiroz dos Santos afirma: “A análise dos elementos e dos institutos do Direito Processual Civil depende do modelo de Estado adotado pelo ordenamento jurídico que se analisa. Como no Brasil a Constituição de 1988, a ‘Constituição-cidadã’, optou por um modelo de Estado Democrático e de Direito, a análise do Direito Processual Civil também deve partir dessa premissa. [...] Tendo em vista caber ao Poder Judiciário interpretar e aplicar o direito à luz da Constituição, bem como criar a norma jurídica para o caso concreto, nada mais justo que o próprio processo judicial, como método de atuação estatal, também seja um ambiente democrático” (SANTOS, 2018, p. 32-33). Também Otávio Augusto Dal Molin Domit manifesta-se nessa linha: “A ideia de colaboração do juiz para com as partes é inafastável do propósito de impregnar a atividade jurisdicional de um cunho verdadeiramente democrático. Recuperado o valor essencial do diálogo, judicial na conformação do juízo, frutifica-se a cooperação do órgão judicial para com as partes. É esse o modelo mais adequado para um Estado que valorize a democracia participativa”. (DOMIT, 2016, p. 218)

³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 139.

⁴⁰ SANTOS, 2018, p. 58.

O direito à participação engloba os demais direitos decorrentes do contraditório dinâmico e caracteriza-se pela constante possibilidade de a parte participar ativamente do processo, cooperando na elaboração e na formação do convencimento do juiz. Incorpora o direito de influir no resultado das decisões judiciais, de ter seus argumentos considerados pela autoridade judicial e de não ser surpreendido pelas decisões (proferidas, caso contrário, sem a sua *participação*).

O direito de influência decorre da superação do caráter meramente formal da possibilidade de manifestação da parte: esta deve ser eficiente e apta a efetivamente influenciar o resultado da decisão. Decorre do direito de influência o dever de consulta do juiz, que deverá submeter ao prévio debate das partes os elementos que fundamentarão a decisão, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício.

O direito de ter os argumentos considerados pela autoridade judicial é instrumental em relação aos direitos precedentes (de participação e influência). De nada valeriam as garantias ora analisadas se o órgão jurisdicional não estivesse adstrito às alegações e às provas produzidas pelas partes⁴¹.

É por meio da fundamentação das decisões que o juiz demonstra haver efetiva e detidamente considerado as alegações das partes (de fato e de direito) quando da construção da decisão; é por meio da fundamentação das decisões que se assegura a existência de parâmetros necessários para a sociedade avaliar a atuação do Poder Judiciário⁴².

Ou, ainda, conforme José Carlos Barbosa Moreira, “é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido

⁴¹ THEODORO JR., 1997, p. 79.

⁴² Nas palavras de Michele Taruffo: “La funzione extraprocessuale della motivazione presenta vari aspetti, che qui possono solo essere sommariamente accennati. Uno di questi aspetti attiene alla strumentalità che caratterizza l’obbligo costituzionale di motivazione rispetto ad altre garanzie fondamentali relative all’amministrazione della giustizia: è attraverso la motivazione, infatti, che diventa possibile controllare se nel singolo caso sono stati adeguatamente attuati principi come quello di legalità o quelli attinenti al ‘giusto processo’” (TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 168). Na mesma obra, Michele Taruffo explica que, especialmente no período a partir da Segunda Guerra Mundial, a motivação das decisões deixou de ser apenas uma regra de natureza técnica para se transformar em objeto de uma garantia fundamental relativa à administração da justiça, ou “un principio fondamentale di garanzia dei cittadini nei confronti del potere giudiziario”. (Ibidem, p. 166)

pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui ‘o mais válido ponto de referência’ para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa”⁴³.

Interessa-nos especialmente no presente estudo a relação do princípio do contraditório com o direito à não surpresa.

Denomina-se decisão-surpresa a decisão do juiz que, não observando os direitos de participação e influência das partes, utiliza-se de fundamento que as partes não tiveram a oportunidade de conhecer e de se manifestar previamente.

Viu-se que o princípio do contraditório, lido em sua acepção atual, dirige-se também ao juiz, o qual deve abandonar a postura meramente receptícia e ativamente envolver as partes no processo dialético, incentivando o diálogo produtivo. O juiz detém a obrigação de cuidar para que as partes efetivamente participem do processo e tenham a oportunidade de influenciar no conteúdo das decisões judiciais.

Para tanto, além de considerar os argumentos expendidos pelas partes em suas manifestações⁴⁴, deve o juiz informá-las acerca de questões relevantes para o julgamento da demanda ou para o desenrolar da atividade processual que porventura não tenham integrado o material debatido nos autos.

Neste desiderato, mesmo diante de questões cognoscíveis de ofício sobre as quais as partes não tenham se manifestado nos autos, incumbiria ao juiz alertá-las acerca da necessidade de se incluir a questão no debate, pois “agir sem ser provocado não é o mesmo que agir sem provocar”⁴⁵.

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 88. No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover afirmava: “Frise-se ainda que, entre as justificativas políticas do dever de motivar, insere-se inquestionavelmente o direito das partes de serem ouvidas e verem apreciadas as questões suscitadas, as provas e razões utilizadas. O que representa desdobramento das garantias do direito de ação e de defesa e do contraditório, satisfeitas agora pelo direito à avaliação dos argumentos e provas carreados aos autos”. (GRINOVER, 1990b, p. 34-35)

⁴⁴ “O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-los em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do *dever de atenção* às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgador (*Recht auf Berücksichtigung*)”. (CABRAL, 2011, p. 200)

⁴⁵ GALINDO, 2015, p. 99.

Abrangendo o contraditório o direito de influência das partes sobre os rumos do processo e sobre as decisões a serem tomadas pelo juiz, esta influência deve ser oportunizada em relação ao exercício dos poderes de atuação oficiosa do magistrado.

Por isso, a atuação de ofício não afasta a necessidade de ser oportunizada às partes a possibilidade de manifestação prévia, de modo a permitir o exercício do poder de influência, inerente ao contraditório. Assim, ainda que o magistrado esteja autorizado a conhecer certos fatos, de ofício, estará obrigado a, antes de proferir sua decisão, ouvir as partes e considerar seus argumentos⁴⁶.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, discorrendo sobre o princípio do contraditório em suas acepções atuais, afirma que a parte não deve ser considerada simples “objeto” do pronunciamento judicial, tendo o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo. Nesse passo, não se admite que as partes sejam surpreendidas por decisão que se apoie em fundamento não considerado por elas, concluindo que “o tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo”⁴⁷.

Desta forma, decisão-surpresa será aquela que contenha como fundamento matéria de fato ou de direito que não tenha sido objeto de manifestação expressa das partes durante os debates processuais, inclusive e especialmente as matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz.

É objeto do presente trabalho a análise do tratamento das decisões-surpresa pelo sistema processual brasileiro. Pretendemos analisar detalhadamente quais as hipóteses em que o sistema processual brasileiro autoriza o juiz a trazer para a sua decisão elementos de fato ou de direito que não tenham integrado os debates entre as partes (especificamente, as causas de pedir ou os fundamentos da defesa), para indicar objetivamente a exigência (ou não) de fomento prévio do debate pelo juiz.

Antes dessa análise pormenorizada no que diz respeito ao sistema processual brasileiro, no entanto, passa-se a um breve estudo do tratamento da matéria em ordenamentos estrangeiros.

⁴⁶ Ibidem, p. 99.

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo**, São Paulo, ano 19, n. 73, p. 10, p. 10, jan./mar. 1994.

2 O CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA NO DIREITO ESTRANGEIRO

O conhecimento do direito vigente em países estrangeiros ganha cada vez mais importância em tempos atuais, seja para balizar a atividade legislativa e apontar rumos de evolução do direito interno, seja para melhor compreender os institutos existentes e sua aplicação mais eficiente.

Em geral, as legislações dos povos cultos servem-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função destinada ao mesmo fim; por isso o estudo do direito comparado deve ser entendido como uma fonte de esclarecimentos para aqueles que estudam os fenômenos jurídicos.

José de Oliveira Ascensão aponta algumas grandes contribuições advindas do estudo do direito comparado, dentre elas o auxílio na compreensão do direito local, tendo em vista que “os grandes temas científicos são frequentemente comuns, ou porque derivam da natureza das coisas, ou porque refletem um dado normativo análogo”; e como dado referencial para o exercício da atividade legislativa, uma vez que a análise das soluções legais adotadas em ordenamentos alienígenas para questões análogas permite reduzir o risco da atividade legislativa⁴⁸.

Os estudos de direito comparado devem se endereçar preferencialmente aos ordenamentos jurídicos em que as novas realidades de interesse atual já tenham sido mais vivenciadas. No presente estudo, lançamos olhares aos ordenamentos de Itália, Portugal e Alemanha, que preveem regras mais antigas em relação à vedação às decisões-surpresa e serviram de inspiração para a previsão da mesma regra no ordenamento brasileiro.

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 128.

2.1.1 ITÁLIA

O contraditório está previsto na Constituição Italiana (Costituzione della Repubblica Italiana) em seu artigo 111, o qual dispõe que “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” e que “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”.

No plano infraconstitucional, o princípio do contraditório está previsto no artigo 101 do Codice di Procedura Civile, o qual prevê que “il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”.

A esta redação original do artigo 101, a partir da vigência da Lei n. 69, de 18.6.2009, foi acrescentada uma segunda parte, que trata especificamente da vedação às decisões-surpresa. Segundo o texto da norma, “se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

No entanto, a regra acerca da vedação à decisão-surpresa já era extraída do Codice di Procedura Civile por grande parte da doutrina a partir da interpretação dos artigos 183 e 384 desse diploma, mesmo antes da alteração ao artigo 101, operada em 2009.

Segundo o artigo 183, § 4º, o juiz deve requerer às partes na audiência de instrução esclarecimentos acerca dos fatos alegados e indicar as questões cognoscíveis de ofício cujo debate se mostre oportuno⁴⁹. Também o artigo 384, § 3º, do Codice di Procedura Civile, previa o dever de o Tribunal conceder às partes e ao Ministério Público prazo para se manifestarem acerca de questões reveláveis de ofício que servissem de fundamento à decisão⁵⁰.

⁴⁹ No original: “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”.

⁵⁰ No original: “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

Ocorre que a interpretação destas disposições, sua abrangência e consequências foram objeto de intenso debate doutrinário e grande incerteza jurisprudencial. Conforme análise feita por Marco Gradi⁵¹, a Corte Suprema di Cassazione não reconhecia a nulidade da “sentenza a sorpresa” até a prolação de uma decisão “revolucionária” no ano de 2001, que estatuiu “nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti”⁵².

Essa orientação, muito embora tenha sido seguida por diversas outras decisões posteriores, não era uníssona nas cortes italianas, havendo ainda decisões em 2005 apontando que “non è affetta da nullità e non è suscettibile di alcuna censura la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio al momento dell’assunzione della decisione, ma non sottoposta dal giudice al preventivo contraddittorio delle parti”⁵³.

Havia, da mesma forma, intenso debate sobre quais as matérias cognoscíveis de ofício que acarretariam a obrigação de o juiz conceder às partes a oportunidade de se manifestarem. Veja-se que a Corte Suprema di Cassazione decidiu, em 2009, que a disposição do artigo 384, § 3º, do Codice di Procedura Civile, seria aplicável unicamente em relação às questões cognoscíveis de ofício que servissem ao julgamento de mérito da controvérsia⁵⁴.

A partir da reforma de 2009 e da inclusão da segunda parte ao artigo 101, a vedação à decisão-surpresa e a sua nulidade restou clara e expressamente prevista no ordenamento infraconstitucional italiano.

Sobre a disposição atual do artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile, Augusto Chizzini afirma se tratar de um momento de ampla mutação do princípio do contraditório, o qual parece retomar o valor estrutural que o princípio carregava na tradição do direito comum e no *ordo judicarius*. Ainda, segundo o autor, a disposição legal consolida

venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione”.

⁵¹ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d’ufficio. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 186, p. 114-123, ago. 2010.

⁵² Refere-se o autor à decisão da Corte Suprema di Cassazione, Sezione I, 21 novembre 2001, Sentenza n.14.637.

⁵³ Refere-se o autor à decisão da Corte Suprema di Cassazione, Sezione II, 27 luglio 2005, Sentenza n. 15.705.

⁵⁴ Corte Suprema di Cassazione, Sezione Terza Civile, 7 luglio 2009, Sentenza n. 15.901 (ricorso 33522/2006), Pres. Filadoro Camil.

o princípio fundamental de que é em razão do método dialético que o pronunciamento judicial deve ser considerado como justo: sem a efetiva discussão da questão pelas partes, qualquer decisão representaria mero ato de força⁵⁵.

Com o advento da nova redação do artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile, foi superada a discussão acerca das consequências do descumprimento da regra de vedação às decisões-surpresa, uma vez que o atual texto legal se refere expressamente à nulidade.

Já no tocante à abrangência da aplicação desta regra, especialmente no que diz respeito à correta interpretação do termo “questioni rilevata d’ufficio”, permaneceram as dúvidas doutrinárias e certa vacilação jurisprudencial.

Marco Gradi explica ainda que, antes da reforma legislativa que incluiu a atual redação do artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile, a doutrina, num primeiro momento, confinava a nulidade da decisão a questões prejudiciais de natureza processual (“questioni pregiudiziali di rito”) e a questões preliminares de mérito (“preliminari di merito”).

Afirma que posteriormente, no entanto, a doutrina evoluiu (especialmente após a monografia de Ferri sobre o tema⁵⁶) para estender o âmbito das questões reveláveis de ofício a “ogni quaestio che potesse risultare rilevante per il giudizio e quindi incidere sulla decisione”⁵⁷.

Marco Gradi manifesta sua posição no sentido de que não é possível limitar a abrangência da regra do atual artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile, às questões prejudiciais de natureza processual e às questões preliminares de mérito, muito embora afirme que esta é ainda a opinião de autorizada doutrina (cita, neste específico, Vittorio Denti e Cesare Cavallini). Segundo o autor, o texto legal e o princípio do contraditório não autorizam essa distinção, de forma que deve ser concedida uma interpretação mais ampla ao termo “questioni rilevata d’ufficio” para compreender “l’intero

⁵⁵ CHIZZINI, Augusto. Effettività del contraddittorio nel processo civile. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 175-176.

⁵⁶ Refere-se à obra: FERRI, Corrado. Contraddittorio e poteri decisorii del giudice. In: **Studi urbinati**, v. XLIX-L, 1980-81, ma 1984, passim, spec., p. 121 e ss.

⁵⁷ GRADI, 2010, p. 116.

spettro dei poteri decisorii del giudice” ou “qualsiasi rilievo officioso del giudice che riguardi l’oggetto della decisione”, incluindo, neste âmbito, questões prejudiciais e preliminares em sentido técnico, exceções cognoscíveis de ofício, circunstâncias de fato relevantes para a decisão ou mesmo simplesmente questões de direito⁵⁸.

No mesmo sentido, afirmando que o dever de oportunizar o contraditório também abrange a hipótese de o juiz dar novo enquadramento jurídico aos fatos, aplicando o princípio *iura novit curia*, Augusto Chizzini faz críticas ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial em contrário, inclusive apontando que este entendimento pode vir a anular a inovação trazida pelo artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile⁵⁹.

Deve-se notar, no entanto, que muito embora a doutrina italiana se incline para exigir a aplicação da regra do artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile, à hipótese de o juiz dar novo enquadramento jurídico aos fatos tratados pelas partes nos autos, a jurisprudência não parece acompanhar integralmente este entendimento.

Com efeito, precedentes da Corte de Cassação apontam que a necessidade de se fomentar o contraditório não subsiste na hipótese de o juiz conhecer de ofício uma questão “di puro diritto”, preconizando a aplicação do dispositivo em análise apenas em relação a questões de fato ou a “questioni miste di fatto e diritto”⁶⁰.

Independentemente da definição das matérias que estejam enquadradas sob o conceito de “questioni rilevata d’ufficio”, grande parte da doutrina italiana manifesta-se no sentido de que a decisão-surpresa somente estará sujeita à nulidade quando houver prejuízo concreto à parte a quem o vício aproveite. Assim, ao alegar a nulidade da decisão-surpresa, a parte deve especificar a atividade processual da qual foi privada em razão da “surpresa”, que poderia influenciar efetivamente no resultado da decisão.

Marco Gradi afirma que o vício da nulidade previsto no artigo 101, segunda parte, do Codice di Procedura Civile, depende da verificação de que a ausência do contraditório tenha acarretado prejuízo à defesa, impossibilitando uma das partes a exercer algum de seus poderes processuais. Segundo o autor, a declaração de nulidade somente seria possível

⁵⁸ GRADI, 2010, p. 134-135.

⁵⁹ CHIZZINI, 2016, p. 183-184.

⁶⁰ Corte Suprema di Cassazione, Sezione Unite, 30 settembre 2009, Sentenza n. 20.935; no mesmo sentido: Quarta Sezione Lavoro, 23 aprile 2010, Sentenza n. 9.072.

quando “la parte interessata fosse in grado di dimostrare un concreto impedimento alla possibilità di estendere il thema decidendum o probandum della controversia”⁶¹.

No mesmo sentido, Marco Gradi cita manifestações de Sergio Chiarloni, Maria Giuliana Civinini, Claudio Consolo e Francesco P. Luiso⁶². Domenico Dalfino, na mesma linha, afirma que a nulidade da sentença dependerá da demonstração de que a questão idônea a definir a decisão seria resolvida de maneira diferente caso à parte fosse concedido o direito de exercitar seus poderes processuais⁶³.

Em conclusão, percebe-se que a vedação à decisão-surpresa não é uma novidade no sistema processual italiano, muito embora, antes do advento da segunda parte do artigo 101 do Codice di Procedura Civile, em 2009, houvesse ainda grande dúvida doutrinária e jurisprudencial acerca das consequências do descumprimento da regra pelo juiz.

Após a criação da regra específica, superou-se a discussão acerca da consequência do descumprimento pelo juiz. Ocorre que ainda persiste grande discussão acerca da abrangência da regra, especialmente sobre qual seria a correta definição de “questioni rilevata d’ufficio” e sobre a necessidade de se demonstrar a existência de prejuízo concreto à parte para a declaração da nulidade da decisão.

2.1.2 PORTUGAL

O princípio do contraditório não tem assento constitucional em Portugal. No entanto, a doutrina é tranquila ao afirmar que o contraditório constitui um direito fundamental do processo.

O sistema tradicional do contraditório estático, fundamentado no binômio “informação-reação”, segundo o qual ordinariamente se permite a manifestação das partes em momento precedente ao ato decisório, é adotado pelo Código de Processo Civil português.

⁶¹ GRADI, 2010, p. 142-143.

⁶² Ibidem, p. 143.

⁶³ DALFINO, Domenico. **Questioni di diritto e giudicato**: Contributo allo studio dell’accertamento delle “fattispecie preliminari”. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 113.

O artigo 3º do Código de Processo Civil português dispõe que “o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição” (n. 1) e que “só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida” (n. 2). Tais regras consagram o contraditório em seu caráter estático, ou mecânico, segundo o qual a parte deve ter a oportunidade de se manifestar anteriormente à decisão do magistrado.

Outras disposições do Código de Processo Civil português incorporam esta faceta do contraditório, ao determinar a “audiência contraditória” da parte contrária em relação às provas produzidas nos autos (artigo 415º, nº 1) e ao prever a manifestação das partes em alegações finais após a produção de provas em audiência (artigo 604º, n. 3, “e”).

No entanto, da leitura do inciso “3” do artigo 3º do Código de Processo Civil Português, extrai-se clara concepção do princípio do contraditório como direito de participação e de não surpresa, ao determinar ao juiz que propicie a manifestação das partes anteriormente à tomada de decisões fundadas em questões não debatidas nos autos, mesmo aquelas cognoscíveis de ofício.

Ou seja, para além da adoção do princípio do contraditório em sua acepção estática, o Código de Processo Civil português encampa o princípio do contraditório em sua concepção dinâmica, como direito de participação e de influência, endereçado não só às partes, mas também ao magistrado, estando expresso no artigo 3º, n. 3, que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório”. Conforme concluiu André Pagani de Souza em referência ao processo civil português, “há muito tempo não se questiona haver no princípio do contraditório uma dupla destinação, sendo ele dirigido às partes e ao juiz, que deve cumpri-lo e também fazer com que ele seja cumprido”⁶⁴.

Sob outro prisma de análise, mas em estreita relação com o princípio do contraditório, desde a reforma realizada em 1961 o ordenamento jurídico português adota o modelo cooperativo de processo, o qual foi explicitado em reformas de 1995 e 1996 a partir

⁶⁴ SOUZA, 2014, p. 109.

da adoção de uma cláusula geral de cooperação, que foi mantida no atual Código de Processo Civil, promulgado em 2013, em seu artigo 7^o⁶⁵.

Como explica Miguel Teixeira de Sousa, “este importante princípio da cooperação destina-se a transformar o processo civil numa ‘comunidade de trabalho’ e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”⁶⁶.

Pode-se mesmo afirmar que a cooperação advém de uma ampliação do conteúdo do princípio do contraditório, o qual passa a ter inserido “no seu significado também a imposição – dirigida ao juiz e às partes – de que todos devem colaborar entre si, em constante diálogo, para que seja proferida uma melhor decisão para a lide”⁶⁷. Ao princípio da cooperação, Cássio Scarpinella Bueno refere-se como uma “atualização” do princípio do contraditório⁶⁸.

Na análise de Maíra Coelho Torres Galindo, o Código de Processo Civil português teria consagrado “o modelo de juiz colaborante”, reforçando os seus poderes de direção processual ao mesmo tempo que lhe impôs o exercício partilhado de tais poderes, evitando-se o autoritarismo judicial, incentivando a lealdade processual e garantindo o exercício da democracia no processo pela participação constante das partes. Ainda segundo a autora, o Código de Processo Civil português “delegou [ao juiz] o dever de assegurar a igualdade substancial entre as mesmas [partes] e de respeitar constantemente o contraditório dinâmico,

⁶⁵ “Art. 7º. Princípio da cooperação.

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º

4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

⁶⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 86, p. 175, 1997.

⁶⁷ SOUZA, 2014, p. 113.

⁶⁸ “A doutrina brasileira mais recente, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em ‘princípio da cooperação’, uma específica faceta, quiçá uma necessária ‘atualização’ – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide. Nesse sentido, o princípio da ‘cooperação’ pode ser entendido como o princípio do contraditório inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55)

de maneira a prestigiar a audiência prévia destas e a cooperação processual entre os sujeitos do processo, em vistas a evitar a prolação de decisões-surpresa”⁶⁹.

Identifica-se, desta forma, no processo civil português, a presença dos princípios da cooperação e do contraditório. Muito embora haja diferenciação entre tais princípios, pode-se afirmar que a cooperação decorre do contraditório e “reforça a ideia de informação-reação-diálogo-participação”⁷⁰.

Segundo Miguel Teixeira de Sousa, a incidência do princípio da cooperação impõe deveres específicos às partes e ao magistrado. Ao magistrado se aplicariam os deveres de esclarecimento (artigo 7º, n. 2, do Código de Processo Civil), de consulta (artigo 3º, n. 3), de prevenção (artigo 590º, n. 2, “b”, e artigo 59º, n. 1, “c”) e de auxílio (artigo 7º, n. 4, artigo 418º, n. 1 e artigo 754º, n. 1, “a”). Já às partes se aplicariam os deveres de litigância de boa-fé (artigo 8º) e de esclarecimento (artigo 7º, n. 2)⁷¹.

A vedação à prolação de decisão-surpresa estaria compreendida no dever de consulta do magistrado, o qual é previsto no artigo 3º, n. 3, do Código de Processo Civil português, que determina que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

O dispositivo legal acima é inspirado no artigo 16 do Código de Processo Civil francês (Code de Procédure Civile⁷²), que impõe também ao magistrado o dever de observar o princípio do contraditório. No entanto, o dispositivo português inova em relação ao seu paradigma francês, ao trazer uma ressalva à obrigatoriedade da consulta prévia às partes, consistente na hipótese de “manifesta desnecessidade”.

A ressalva, prevista por meio de um termo indeterminado, gera questionamentos acerca da amplitude da discricionariedade do magistrado em relação à consulta prévia das

⁶⁹ GALINDO, 2015, p. 42.

⁷⁰ SOUZA, 2014, p. 114.

⁷¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65-66.

⁷² **Code de Procédure Civile**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em 30 out. 2019.

partes no caso de decidir com fundamento em questões não debatidas expressamente por elas nos autos.

Analisando a ressalva feita pelo código português, Maíra Coelho Torres Galindo aponta que cabe ao magistrado, à luz do caso concreto, dar significado ao termo “manifesta desnecessidade”, ponderando a possibilidade de ofensa às garantias das partes com a celeridade necessária ao procedimento a fim de definir pela adoção ou não da prévia consulta às partes. Em suas palavras, “visa-se, com essa visão, impedir que o contraditório se torne um instrumento de retardamento da marcha processual regular, representando o seu exercício em um formalismo excessivo e pernicioso, a uma breve solução do litígio”⁷³.

Especialmente no que diz respeito a questões de direito, ou seja, a uma nova interpretação jurídica dos fatos aportados aos autos pelas partes, a jurisprudência em Portugal tem adotado uma regra de razoabilidade, descartando a necessidade de se conceder às partes a oportunidade de manifestação quando não houver concreta demonstração de prejuízo.

Importante esclarecer que, assim como no sistema do processo civil brasileiro, o Código de Processo Civil português concede às partes, quase que exclusivamente, o poder de introduzir no processo os “factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas” (artigo 5º, n. 1), havendo a possibilidade de o magistrado considerar fatos não introduzidos no processo pelas partes apenas nas hipóteses específicas previstas no artigo 5º, n. 2 (“factos instrumentais que resultem da instrução da causa”; “factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa”; “factos notórios de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício de suas funções”).

No entanto, nos termos do artigo 5º, n. 3, do mesmo diploma, “o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”. Claramente esta disposição legal sintetiza a regra *iura novit curia*⁷⁴.

⁷³ GALINDO, 2015, p. 112-113.

⁷⁴ Conforme comentário de José Lebre de Freitas sobre este dispositivo legal: “Contrariamente ao que acontece no campo dos factos, o tribunal não está condicionado pelas alegações das partes no domínio da indagação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, o que é uma decorrência do princípio constitucional da legalidade do conteúdo da decisão e usa exprimir-se com o brocardo latino *iura novit curia*. [...] Por outro lado, o conhecimento officioso da norma jurídica está dependente da introdução na causa dos factos aos quais o

Conforme acórdão do Supremo Tribunal de Justiça,

o legislador, perante os princípios gerais que informam o nosso Código de Processo Civil, não quis aliviar as partes de usarem a diligência devida para preverem as questões que vêm a ser, ou podem vir a ser, importantes para a decisão, residindo o cerne deste problema em saber se as partes tiveram, ou não, oportunidade processual para alegar quanto àquela questão e se a questão era ou não previsível para uma parte de diligência média⁷⁵.

Ou seja, a decisão-surpresa passível de quinau judicial somente se configura na hipótese em que as partes não tenham, em concreto, a possibilidade de prever a solução alvitada pelo magistrado, tendo o Supremo Tribunal de Justiça adotado uma regra de razoabilidade baseada no que se espera de “uma parte de diligência média”.

Neste mesmo sentido, em outra oportunidade, o mesmo Supremo Tribunal de Justiça esclareceu que

[...] o princípio do contraditório, na vertente proibitiva da decisão surpresa, não determina ao tribunal de recurso que, antes de decidir a questão proposta pelo recorrente e/ou recorrido, o alerte para a eventualidade de o fazer com base num quadro normativo distinto do por si invocado, desde que as normas concretamente aplicadas não exorbitem da esfera da alegação jurídica efectuada⁷⁶.

A jurisprudência portuguesa, portanto, tem rejeitado a nulidade da decisão fundamentada em questões conhecidas de ofício pelo juiz quando não se demonstrar o efetivo prejuízo à posição processual da parte. Para tanto, aplica a ressalva da “manifesta desnecessidade” prevista no artigo 3º, n. 3, do Código de Processo Civil Português⁷⁷.

tribunal a aplica, devendo sempre distinguir-se o plano dos factos, em que vigora, mesmo em matéria de direito processual, o princípio do dispositivo, e o plano do direito, em que a soberania pertence ao juiz sem prejuízo ainda, no que ao direito material se refere, de o conhecimento oficioso se circunscrever no domínio definido pelo objecto do processo” (FREITAS, José Lebre de. **Código de Processo Civil Anotado**. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2014. v. 1, p. 18-19).

⁷⁵ Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo n. 233/2000.C2.S1, proferido em 17.6.2014.

⁷⁶ Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo n. 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, proferido em 11.2.2015.

⁷⁷ De outro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça extrai-se que “embora o artigo 3º, n. 3 do Código de Processo Civil exija do juiz uma diligência aturada de observar e fazer cumprir ao longo de todo o processo o princípio do contraditório, salva os casos em que ressalte uma manifesta desnecessidade. O que deve entender-se por manifesta desnecessidade constitui-se como o nódulo ou *punctum crucis* da questão e só a práxis pode ajudar a desbravar e obter” (Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1, proferido em 27.9.2011).

Em conclusão, segundo a aplicação jurisprudencial da regra da vedação à decisão-surpresa em Portugal, a nulidade somente estará configurada se houver demonstração de prejuízo à posição processual da parte, ou seja, se esta não teve a oportunidade de “aportar e debater factos [...] que poderiam trazer alguma luz sobre a ‘terza via’, officiosamente assumida pelo tribunal” e quando “a possibilidade de o tribunal qualificar juridicamente as condutas espelhadas na faculdade adquirida [não] era ou devia ser previsível para qualquer dos pleiteantes”⁷⁸.

2.1.3 ALEMANHA

A influência da doutrina alemã sobre a produção acadêmica brasileira esbarrou ao longo da história na barreira linguística, uma vez que os juristas brasileiros, em regra, têm maior facilidade de ler espanhol, italiano ou francês; assim, muitas construções teóricas feitas na Alemanha foram divulgadas no Brasil por meio de autores de outros países, sobretudo italianos⁷⁹.

José Carlos Barbosa Moreira explica que o direito alemão passou a exercer maior influência sobre o direito brasileiro e o português em tempos mais recentes. Segundo afirma, a partir do século XX, generalizaram-se no mundo processual europeu propostas renovadoras uniformemente orientadas, dentre elas a que impõe ao juiz participação mais ativa na direção do processo. Tal movimento teve grande influência da ciência alemã, tendo suas ideias se difundido também em Portugal e no Brasil⁸⁰.

Na Alemanha, o contraditório está previsto constitucionalmente no artigo 103, 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), que prevê que “todos têm o direito de serem ouvidos perante

⁷⁸ Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1, proferido em 27.9.2011.

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 56, p. 101, out./dez. 1989.

⁸⁰ Ibidem, p. 101.

os juízos e tribunais”⁸¹. Esse direito existe em todos os processos judiciais, assim, também no processo civil.

O direito de ser ouvido pelo juiz, que corresponde ao antigo princípio *audiatur et altera pars*, era reconhecido no processo civil alemão mesmo antes da sua previsão constitucional ou antes de qualquer previsão expressa no Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*, ou ZPO)⁸², sendo garantido por meio das regras do procedimento que asseguravam que cada parte fosse ouvida pelo juiz⁸³.

Adota-se, outrossim, o princípio da demanda, segundo o qual a instauração do processo depende sempre da iniciativa das partes, as quais, ademais, detêm exclusivamente a prerrogativa de trazer aos autos e delimitar a matéria fática a ser objeto de apreciação (fala-se em “princípio da alegação das partes”).

Apesar de tais limitações à atuação oficiosa do juiz, pode-se dizer que é característica do processo civil alemão a concentração de poderes de condução processual na figura do juiz, a quem cabe determinar a forma de prosseguimento do procedimento.

Nas palavras de Rolf Stürner, “o sucesso do processo alemão se assenta enfim – não apenas no processo civil, mas também em outras áreas – na condução processual necessariamente dirigida pelo juiz e na sua orientação dialógica”⁸⁴. Assim, apesar de as partes determinarem os fatos que integrarão a demanda, é o juízo que adota medidas ordenadoras do processo para garantir uma rápida tramitação⁸⁵.

⁸¹ Tradução livre do original: “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Deutscher Bundestag. 2019. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/gg>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸² **Zivilprozessordnung**. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁸³ SCHWAB, Karl Heinz. Introdução ao direito processual civil alemão. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, p. 60, jul./-set. 1976.

⁸⁴ STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio F. Mafra Leal. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 193, p. 359, mar. 2011.

⁸⁵ Roberto Del Claro esclarece que a direção do processo pode ser cindida entre “direção formal” e “direção material”. A primeira diz respeito à responsabilidade pelo impulso do procedimento em geral, sendo “necessária e não controversa”; já a direção material do processo pode ser enquadrada como uma forma de ativismo judicial, por meio do qual o juiz provoca as partes a produzirem provas sobre suas alegações de fato, a discutirem provas relevantes juntadas aos autos e a discutirem aspectos jurídicos da controvérsia não percebidos pelas partes ou matérias que podem ser conhecida de ofício. (DEL CLARO, Roberto. **Direção material do processo**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 176)

O fortalecimento da condução judicial do processo é contrabalanceado, no entanto, com o dever de diálogo do juiz, que deve evitar a surpresa nas decisões por meio de advertências sobre pontos não suficientemente esclarecidos. Ainda segundo Rolf Stürner, “é esse diálogo entre o tribunal e as partes o que explica a eficiência e o grau de eficácia jurídica desse processo”⁸⁶.

Nesse sentido, o parágrafo 139 do ZPO, que trata da direção material do processo, impõe ao juiz o dever de colaborar com as partes no esclarecimento das questões de fato e de direito relevantes para a solução da demanda, incentivando a participação das partes e necessariamente consultando-as previamente, caso sua decisão seja fundamentada em ponto de vista que tenha passado despercebido das partes ou em matéria cognoscível de ofício:

§ 139 – Condução material do processo.

(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova e formular pedidos baseados nos fatos afirmados.

(2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito que divirja da compreensão de ambas as partes.

(3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício.

(4) As comunicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade.

⁸⁶ STÜRNER, 2011, p. 359.

(5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito⁸⁷.

O parágrafo 139 do ZPO é considerado no processo civil alemão como um dos pilares do processo justo⁸⁸ e tem sua redação atual dada pela reforma do processo alemão ocorrida em 2002. As origens do dever de colaboração do magistrado com as partes no processo alemão, porém, são bem mais antigas.

Já em 1898 foram introduzidas disposições no parágrafo 139 do ZPO que permitiam ao magistrado, mediante perguntas, colaborar para o esclarecimento das manifestações das partes e em relação aos detalhes das questões suscitadas no processo, mas consideradas pouco claras pelo magistrado. Disposições semelhantes foram mantidas no mesmo parágrafo após reforma realizada em 1924, as quais se mantiveram vigentes até a reforma realizada em 2002, que deu ao parágrafo a sua redação atual⁸⁹.

Em estreita relação com o parágrafo 139 do ZPO, foi introduzida no código a disposição do parágrafo 278, “3”, que vedava ao juiz fundamentar a sua decisão sobre questão ou ponto de vista de direito que não tenha sido descoberto ou percebido pelas partes, ou que não tenha sido reconhecido como relevante, caso não concedesse a possibilidade de as partes se manifestarem sobre aquela questão⁹⁰.

Pode-se dizer que a proibição da decisão-surpresa já era prevista no direito processual alemão desde a redação do parágrafo 278, “3”, do ZPO, de 1976⁹¹. O instituto, no entanto, foi aperfeiçoado e transportado para o parágrafo 139, 2, do ZPO, com redação dada pela reforma de 2002.

⁸⁷ Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira indicada por Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, p. 75-76, 2005).

⁸⁸ PRÜTTING, Hanns; FALCO, Sandra De. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO)**: Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo (Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco). Trad. Álvaro J. Perez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo. Berlim: Konrad Adenauer, 2006. p. 50.

⁸⁹ PRÜTTING e FALCO, 2006, p. 50.

⁹⁰ Ibidem, p. 51.

⁹¹ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 232.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, que se refere ao ZPO como “um dos grandes monumentos legislativos dos tempos modernos”⁹², um dos principais vetores da reforma do processo civil alemão de 2002 foi o fortalecimento do primeiro grau de jurisdição, com a finalidade de que os litígios sejam resolvidos em termos finais mediante um único julgamento⁹³.

Um dos mecanismos pensados pelo legislador alemão para alcançar a satisfação das partes com a sentença e para diminuir seus incentivos a recorrer consiste na “clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar ideia sobre o provável desfecho”. Para tanto, as partes devem conhecer as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão judicial para realizar o seu julgamento, bem como ter oportunidade de trazer a sua contribuição acerca de tais questões⁹⁴.

Após a reforma, o parágrafo 139 do ZPO conta, atualmente, com 5 (cinco) incisos que tratam da condução material do processo pelo juiz. O primeiro deles estabelece que o órgão judicial deve esclarecer junto as partes as questões relativas à demanda que se mostrem contraditórias ou insuficientemente claras, formulando indagações às partes com este desiderato. Desta forma, o órgão judicial contribui para que as partes se pronunciem de modo completo sobre as questões relevantes do processo, inclusive no que se refere aos meios de prova a serem utilizados.

No segundo inciso, que diz respeito especificamente à decisão-surpresa, impõe-se vedação ao órgão judicial de apoiar a sua decisão sobre uma questão de direito ou de fato não percebida pelas partes sem que elas sejam instadas a se manifestar especificamente sobre aquele ponto de vista não debatido.

O terceiro inciso, por seu turno, determina ao órgão judicial que inste as partes a se manifestarem acerca das questões que podem ser conhecidas de ofício.

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 199.

⁹³ BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 201.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 201.

Por fim, os incisos quarto e quinto determinam ao órgão judicial que exercite o dever de cooperação o quanto antes e que conceda prazo às partes para que apresentem por escrito os esclarecimentos solicitados, caso não seja possível a manifestação imediata.

A doutrina alemã criticou a reforma processual empreendida em 2002 por não haver, novamente, incluído sanções processuais expressas para a inobservância, pelo juiz, dos deveres de diálogo e informação previstos no parágrafo 139 do ZPO. Tais críticas haviam sido formuladas desde a reforma de 1976. A carência de sanções processuais expressas acarretou, na prática, na inobservância dos deveres processuais pelos juízes, tanto de primeira instância quanto dos tribunais⁹⁵.

Interessante anotar que, nos primeiros anos que se seguiram à reforma de 1976, os tribunais alemães não reconheceram de forma segura o direito de informação e esclarecimentos das partes, inclusive concluindo o Supremo Tribunal Federal alemão, em 1984, que a parte representada por advogado não teria o direito a tais avisos e instruções do juiz relativos à aplicação do direito material sobre uma questão fática determinada. Essa orientação jurisprudencial, no entanto, foi revertida a partir de decisão do mesmo Tribunal, em 1990, que reconheceu o direito de esclarecimentos da parte representada por advogado⁹⁶.

Da redação do parágrafo 139 do ZPO, nota-se que ao magistrado é permitido decidir com base em matérias cognoscíveis de ofício, bem como aplicando aos fatos objeto do litígio tratamento jurídico distinto daquele trazido pelas partes (*iura novit curia*); no entanto, o magistrado está obrigado a comunicar previamente as partes acerca da matéria cognoscível de ofício ou do novo ponto de vista que pretende aplicar, vedando-se a prolação da chamada “decisão-surpresa”.

Outrossim, ao magistrado incumbe o dever de esclarecimento da relação litigiosa, em seus aspectos fáticos e jurídicos, que não foram suficientemente explorados pelas partes. Trata-se, indubitavelmente, do exercício do contraditório pelo magistrado, o qual deve instigar as partes ao diálogo e se utilizar do processo dialético para construção da decisão mais justa.

⁹⁵ PRÜTTING e FALCO, 2006, p. 56.

⁹⁶ Ibidem, p. 51.

Verifica-se que a redação do parágrafo 139 do ZPO é bastante mais específica, detalhada e clara do que os artigos de que tratamos acima acerca da vedação às decisões-surpresa nos ordenamentos italiano e português (e no brasileiro, como veremos a seguir). Parece não haver dúvidas, pela norma legal alemã, de que o juiz é obrigado a discutir com as partes mesmo questões puras de direito, ou pontos de vista jurídicos não percebidos por elas, mas aplicados pelo juiz à luz da regra *iura novit curia*.

A regra da vedação às decisões-surpresa é bastante mas rigorosa na realidade alemã, portanto.

Essa diferença pode ser explicada pela ideologia liberal adotada pelo ZPO, que acarreta um maior dimensionamento do princípio dispositivo. Segundo Roberto Del Claro conclui, “o sistema norteia-se por um liberalismo político processual que se preocupa com a proteção de direitos subjetivos, estando os demais fins do processo em segundo plano”⁹⁷.

Apesar de críticas que essa feição liberal tem sofrido ao longo do tempo, e mesmo após as reformas que o processo alemão sofreu e que o tornaram “menos dependente da vontade absoluta das partes”, ele nunca abdicou de sua feição liberal e de seu apego ao princípio dispositivo⁹⁸.

Essa diferença marcante com o regime processual alemão e as consequências sobre a questão relativa à vedação às decisões-surpresa foi bem expressada pelo Supremo Tribunal de Justiça português:

[O artigo 3º, n. 3, do Código de Processo Civil português] consagra o princípio do contraditório na vertente proibitiva de decisão surpresa, e [...] tem-se entendido que aquele segmento normativo não introduziu no nosso sistema o instituto da proibição de decisões surpresa tal como foi configurado na Alemanha, país onde dimanou e tem longo historial, verificando-se importantes diferenças de regime entre o Código de Processo Civil português e o alemão, dado que o legislador germânico confere ao direito ao contraditório uma dimensão que vai muito para além do que comporta, mesmo em interpretação extensiva, a lei portuguesa.⁹⁹

⁹⁷ DEL CLARO, 2009, p. 192.

⁹⁸ Ibidem, p. 168-169.

⁹⁹ Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo n. 877/12.7TVLSB.L1-A.S1, proferido em 11.2.2015.

Desta forma, muito embora a experiência alemã inspire a adoção da regra da vedação às decisões-surpresa em diversos outros ordenamentos, inclusive o brasileiro, o rigor da sua aplicação na realidade alemã não pode ser adotado no Brasil, assim como em Portugal e na Itália, onde se reconhecem no processo civil outros escopos que extrapolam e rivalizam como a proteção exclusiva dos direitos subjetivos.

2.2 O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹⁰⁰

Adotando o conceito de “modelo processual” do professor Cândido Rangel Dinamarco¹⁰¹, pode-se afirmar que o atual Código de Processo Civil¹⁰² não instituiu um novo modelo processual civil em comparação ao código revogado: em relação aos principais elementos identificadores de um “modelo processual”, o Código de Processo Civil não trouxe grandes novidades.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, muito embora seja praticamente impossível enunciar por critérios objetivos os elementos que qualificam um sistema processual como “modelo”, três elementos podem ser destacados como mais importantes para tal análise: o “estado da doutrina”, os “fundamentos constitucionais do sistema” e os “institutos processuais em si mesmos”.

¹⁰⁰ Ao tempo em que este trabalho é elaborado, já se vão mais de 3 (três) anos de vigência da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o atual Código de Processo Civil e revogou a Lei n. 5.869/1973. Não entendemos adequada, inclusive para que a obra mantenha seu caráter de atualidade, a utilização do adjetivo “novo” para nos referirmos à legislação vigente. Assim, todas as referências ao Código de Processo Civil dizem respeito à legislação atualmente em vigor, enquanto as referências à legislação revogada estarão identificadas pelos adjetivos “revogado” ou “anterior”, ou similares, ou pela indicação expressa de se tratar do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁰¹ “Um dado sistema processual, considerado pelo conteúdo específico das normas que o regem, pela concreta conformação dos órgãos que o operam e pelo modo de ser dos institutos encadeados em razão desse objetivo, constitui um *modelo processual*. Tem-se por modelo processual, portanto, cada um dos sistemas processuais encontrados especificamente nos diversos lugares do mundo e em tempos diferentes. Falar em *modelo processual* é considerar um dado sistema processual pelos elementos que concretamente o identificam e diferenciam de outros no tempo e no espaço” (DINAMARCO, 2017, p. 285).

¹⁰² **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em>: 30 out. 2019.

Analisando o Código de Processo Civil considerando os três elementos destacados, denota-se que o modelo processual então vigente sob o pálio do Código de Processo Civil de 1973¹⁰³ foi mantido pela atual codificação¹⁰⁴.

O advento do atual Código de Processo Civil não representou qualquer quebra de continuidade ou inovação drástica em relação ao pensamento jurídico-processual brasileiro: o Código de Processo Civil acompanhou a evolução da doutrina processualista e acolheu muitas das inovações doutrinárias atuais.

A título de exemplificação, o Código de Processo Civil encampou as sugestões da chamada “escola instrumentalista”, preocupando-se com os escopos sociais e políticos do processo e sua efetividade, ao dotar o juiz de poderes instrutórios e de liberdade para adoção das medidas que entender pertinentes para conceder eficácia às determinações judiciais, bem como ao possibilitar a participação de terceiros no processo (o instituto do *amicus curiae* foi ampliado inclusive para a primeira instância) e alargar o conceito de contraditório.

Não houve, portanto, uma mudança de paradigma em relação ao “estado da doutrina”, mas, sim, um acompanhamento do pensamento jurídico-processual contemporâneo. Não era de se esperar o contrário, tendo em vista que participaram dos esforços de elaboração do texto do código alguns dos mais destacados processualistas modernos brasileiros.

Também em relação aos “fundamentos constitucionais do sistema”, o Código de Processo Civil abraçou e textualizou a chamada “tutela constitucional do processo”, expressamente apontando que suas normas devem ser interpretadas à luz dos valores constitucionais, o que já era aplicado na prática processual brasileira, não obstante a ausência de norma legal expressa, mas em linha com o constitucionalismo contemporâneo (fenômeno a que Luís Roberto Barroso se refere como “filtragem constitucional”¹⁰⁵).

¹⁰³ **Código de Processo Civil de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁰⁴ O próprio Cândido Rangel Dinamarco, em comentários ao atual Código de Processo Civil, afirma que “o *estilo processual* vigente é em suas linhas centrais o mesmo do anterior, sem embargo dessas diferenças que na realidade somente buscaram aprimoramento daquele modelo, sem substituí-lo por outro” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: das normas processuais civis e da função jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1, p. 27).

¹⁰⁵ Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Nos estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito

Manteve-se, e aprofundou-se, o modelo “acentuadamente garantístico” já anteriormente vigente no processo civil brasileiro¹⁰⁶.

Por fim, em relação aos “institutos processuais em si mesmos”, o Código de Processo Civil não trouxe grandes novidades ao sistema processual que possam ser consideradas como inauguração de um novo modelo.

As linhas mestras dos procedimentos previstos no sistema anterior foram mantidas, com algumas alterações pontuais: houve simplificação em relação ao procedimento, extinguindo-se boa parte das “exceções” e todo o capítulo relativo às medidas cautelares, mas sem alterações substanciais nestes institutos, não obstante as modificações procedimentais.

intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

[...] Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

[...] Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 363-364)

Anote-se que o “pós-positivismo”, ou “neoconstitucionalismo”, denominação dada a esta nova interpretação do valor normativo da constituição, está intimamente ligado, no âmbito do processo civil, ao “neoprocessualismo”, denominação dada por alguns autores ao que seria uma quarta fase metodológica do direito processual civil (somando-se às anteriores denominadas praxismo, processualismo e instrumentalismo), a qual é marcada por uma nova leitura dos institutos processuais a partir dos direitos fundamentais e pela adoção de um modelo colaborativo. O reconhecimento da existência de uma quarta fase metodológica do processo civil em nada altera a análise realizada neste tópico, especialmente porque, mesmo os autores que entendem pela existência da fase metodológica denominada “neoprocessualismo” reconhecem nesta uma evolução do instrumentalismo. José Roberto dos Santos Bedaque já alertava que “garantismo” e “cooperativismo” são aspectos centrais para a teoria instrumentalista, a qual “não se limita a estudar o processo pelo ângulo do escopo, preocupando-se também com a segurança e legitimidade do método adotado (BEDAQUE, 2016, p. 38). Ainda neste sentido, Maíra Coelho Torres Galindo afirma que o neoprocessualismo “não abandona o instrumentalismo. Aliás, é difícil, inclusive, apontar onde termina um e começa o outro, já que não deixa de ser aquele uma evolução deste” (GALINDO, 2015, p. 26).

¹⁰⁶ “Essas duas ordens de observações conduzem à conclusão central de que o modelo constitucional do processo civil brasileiro é acentuadamente *garantístico*, no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania. *A harmonia com a Constituição*, anunciada na justificativa do anteprojeto de Código de Processo Civil e depois na Exposição de Motivos, inclui a valorização dessas garantias e as exalta com extrema ênfase” (DINAMARCO, 2017, p. 296).

As características do modelo infraconstitucional do processo civil brasileiro foram, na sua quase totalidade, mantidas¹⁰⁷.

Em relação especificamente ao contraditório, na medida em que inexistiu mudança expressiva no modo de ser dos institutos processuais, o sistema tradicional do contraditório estático, fundamentado no binômio “informação-reação”¹⁰⁸, segundo o qual ordinariamente se permite a manifestação das partes em momento precedente ao ato decisório, foi mantido.

Esse sistema de “informação-reação” podia ser exemplificado, no Código de Processo Civil revogado, pelos artigos 213 e 214 (citação necessária para a validade do processo), 326 (réplica em relação a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo réu), 398 (ouvida da outra parte quando da juntada de novos documentos), 433, *caput* e parágrafo único (apresentação do laudo pericial e intimação e manifestação das partes) e 454 (debates após a produção de provas em audiência). Todas essas disposições foram mantidas, ainda que com modificações em sua redação, pelo atual Código de Processo Civil, nos artigos 238 e 239 (citação), 350 (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos), 364 (debates), 437, § 1º (ouvida da parte sobre documentos novos) e 477, § 1º (manifestação das partes quanto ao laudo).

Conforme analisado, sob o viés formal que acompanhou a evolução do conceito de contraditório até meados do século XX, o contraditório posto à disposição das partes se resolveria na dinâmica do “pedir-alegar-provar”, assegurada pelo conhecimento da parte acerca do ato a ser atacado (no sistema de comunicações processuais, cujo exemplo mais importante é a citação), pela oportunidade de manifestação (reação) e de produção de provas.

¹⁰⁷ Cândido Rangel Dinamarco aponta que houve, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, significativa alteração no modelo processual vigente no direito brasileiro a partir das diversas reformas que tinham por fio condutor o empenho em acelerar a prestação da tutela jurisdicional, trazidas pelas Leis n. 8.952/1994, 9.139/1995, 10.444/2002 e, especialmente, pela Lei n. 11.232/2005, que instituiu o chamado “processo sincrético”, no qual a decisão da causa e a efetivação do julgado se processam em duas fases do mesmo processo (DINAMARCO, 2017, p. 37-39).

¹⁰⁸ “Comumente definido como o direito de desempenhar um papel ativo no processo, o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abarca as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras. A *ratio* do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação – o contraditório significa audiência bilateral” (CABRAL, 2011, p. 195).

O Código de Processo Civil, no entanto, foi além dessa estrutura estática do contraditório, abraçando o conceito moderno do princípio, segundo o qual o contraditório se apresenta também como um “direito de influência”, bem como um “dever de colaboração e participação dos sujeitos do processo”, endereçando-se também ao juiz.

Intimamente ligada a esta nova conformação do princípio do contraditório está a manifestação doutrinária no sentido de que o Código de Processo Civil teria adotado um modelo cooperativo (ou colaborativo) de processo.

Na análise de Cândido Rangel Dinamarco, a ênfase atribuída ao dever de cooperação entre as partes e o juiz e as veementes aberturas para a atuação dos chamados meios alternativos de solução de litígios seriam as inovações mais profundas trazidas pelo Código de Processo Civil e dariam ensejo a “um processo diferente do tradicional que sempre vivenciamos”¹⁰⁹.

O processo colaborativo tem por fundamento o ideal de ampla participação dos destinatários da jurisdição (cidadãos) no processo de reconstrução do sentido atribuído ao texto normativo no momento de sua aplicação, como forma de concretização do exercício da democracia. Não bastaria ao pleno exercício da democracia a mera influência no processo legislativo por meio do sistema representativo, sendo exigida a participação do destinatário da norma, de forma efetiva, também no exercício da jurisdição¹¹⁰.

Assim como o Código lusitano, o brasileiro adotou uma regra geral de cooperação entre as partes, prevista no seu artigo 6º, que dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Marcelo José Magalhães Bonício, embora reconheça no atual Código de Processo Civil uma “tendência de adoção da ideologia da cooperação”, afirma que as disposições do diploma nesse sentido não são suficientes para se afirmar que o processo será tratado de forma “radical e ideologicamente diferente daquela que vem sendo utilizada”. O autor afirma que a “comunidade de trabalho”, proposta pelo modelo cooperativo de processo, parece

¹⁰⁹ DINAMARCO, 2017, p. 46-47.

¹¹⁰ GALINDO, 2015, p. 60.

ainda um sonho distante, especialmente pela ausência de tradição a esse respeito e pela falta de preparo dos profissionais acerca do que trata exatamente a colaboração¹¹¹.

Concluimos, com Marcelo José Magalhães Bonício, que a colaboração no processo é um novo modo de enxergar o contraditório, mas não é apta a inaugurar um novo modelo ideológico de processo ou permitir a afirmação de que estamos diante de um novo princípio processual (princípio da colaboração)¹¹².

Não há dúvidas, no entanto, sobre a tendência do Código de Processo Civil de aproximação com o chamado modelo cooperativo de processo, o que se materializa por meio da projeção de um novo conteúdo ao princípio do contraditório, traduzido na necessidade de o juiz promover a ampliação do diálogo com as partes em relação aos rumos do processo.

A imposição ao magistrado do dever de observância constante de um contraditório dinâmico visa a garantir a participação efetiva das partes no processo decisório. Esta participação não se limita ao direito de bilateralidade, mas especialmente ao direito de influência sobre o resultado da demanda e ao direito das partes de terem seus argumentos considerados na decisão do magistrado e de não serem por ela surpreendidas.

O acolhimento desta nova dimensão do princípio do contraditório pode ser encontrado em algumas disposições do Código de Processo Civil, como na previsão da figura do *amicus curiae*, inclusive na primeira instância (artigo 138), nas novas disposições acerca do saneamento do processo, que determinam que o juiz defina “a distribuição do ônus da prova” e delimite “as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (artigo 357, III e IV) e permitem o saneamento do processo “em cooperação com as partes” por meio de audiência designada especificamente para esta finalidade (artigo 357, § 3º).

Pode ser também vislumbrada nas disposições dos artigos 139, IX, 321 e 338 do Código de Processo Civil, todas determinando ao magistrado a concessão de oportunidade

¹¹¹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84. Cândido Rangel Dinamarco, no mesmo sentido, diz que a disposição do artigo 6º do Código de Processo Civil não deve ser recebida com “tanto otimismo”, “porque condutas como essas não são da índole nem integram a cultura do povo brasileiro” (DINAMARCO, 2018, p. 103).

¹¹² Ibidem, p. 84. Também Flávio Luiz Yarshell afirma que “a colaboração [...] não é exatamente um princípio processual, mas corresponde a uma forma de compreender o contraditório” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1, p. 111).

às partes para que sanem vícios processuais que podem levar ao julgamento sem resolução de mérito.

Também nas imposições inovadoras do artigo 489, § 1º, acerca da fundamentação das decisões, pode-se verificar a marca do contraditório dinâmico, uma vez que se exige do magistrado a demonstração de que considerou os argumentos contrapostos das partes quando da construção da decisão, explicitando-se a natureza dialética do exercício da jurisdição.

Com efeito, o contraditório lido em seu caráter dinâmico desdobra-se em 3 (três) direitos: de informação sobre os atos processuais; de manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos da causa; e, no ponto em que se diferencia do contraditório estático, de participação, o que engloba, como visto acima, os direitos de influência, de ver seus argumentos efetivamente considerados pelo magistrado no momento da prolação da decisão e de não surpresa.

Em relação ao direito de ver seus argumentos efetivamente considerados pelo magistrado, a verificação do respeito pelo órgão jurisdicional se dá por meio da fundamentação, a qual deixa de ser mero mecanismo de legitimação formal da decisão. Ao impor ao magistrado uma fundamentação extensa e detalhada da decisão (inclusive rejeitando fundamentações genéricas e distanciadas dos debates concretamente travados nos autos), o Código de Processo Civil concede eficácia e concretude ao princípio do contraditório.

Interessa-nos, no entanto, para fins deste estudo, o artigo 10 do Código de Processo Civil, o qual protege as partes do que se convencionou chamar “decisão-surpresa”. Os próximos capítulos se dedicarão à análise de tal regra, sua relação com o princípio do contraditório, a forma de interpretação de suas disposições e a sua abrangência.

2.2.1 VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA

Claramente inspirada nas concepções contemporâneas do princípio do contraditório, a disposição legal do artigo 10 do Código de Processo Civil está compromissada com o modelo de processo colaborativo e com o conceito de contraditório

como postulado de influência, endereçando-se também ao juiz, que passa a ser, também ele, sujeito do contraditório¹¹³.

Também o artigo 9º do Código de Processo Civil tem por fundamento o princípio do contraditório, ao dispor que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. No seu parágrafo único, excetua as hipóteses de “tutela provisória de urgência”, “de tutela de evidência previstas no art. 311, II e III” e “decisão prevista no art. 701” (trata-se da decisão inicial do procedimento da ação monitória).

A regra do artigo 9º, no entanto, não é novidade na sistemática processual brasileira: trata-se de explicitação da regra do contraditório estático clássico e adotado pelo código anterior, representada pelo binômio informação-reação.

A regra do artigo 10, por sua vez, pode ser indicada como uma novidade no sistema do processo civil brasileiro, embora não o seja em termos doutrinários e em comparação a diversos sistemas processuais estrangeiros, como se viu acima.

Segundo o artigo 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”.

Essa disposição impõe ao próprio juiz a participação no contraditório, devendo fomentar no processo as discussões acerca das matérias determinantes à decisão, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício.

Deve-se anotar que o artigo 487, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ressalta a aplicação da mesma regra de observância do contraditório na hipótese de reconhecimento da ocorrência de prescrição ou decadência. Ainda que as conheça de ofício, o juiz deverá dar às partes oportunidade de se manifestar previamente sobre a matéria.

¹¹³ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º, inc. LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento do feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. (DINAMARCO, 2017, p. 220)

Pode-se afirmar que esta regra já poderia ser extraída do artigo 10 do Código de Processo Civil, sendo apenas reforçada pela disposição específica; note-se que o artigo 10 aponta expressamente que suas disposições se aplicam às matérias cognoscíveis de ofício, o que abrange a prescrição e a decadência.

Esta nova disposição do Código de Processo Civil demandará análise detalhada por parte dos processualistas, a fim de se estabelecer de modo objetivo e preciso a sua abrangência.

Uma análise técnica e precisa dos limites e aplicações desta nova regra se faz extremamente necessária para, primeiramente, impedir que ela seja subutilizada pelo Poder Judiciário, descartando-se todas as vantagens ao processo da incorporação desta nova acepção do princípio do contraditório ao ordenamento.

Entretanto, o estabelecimento de limites claros à sua aplicação se mostra também necessário, evitando-se que a regra venha a multiplicar as nulidades processuais e trazer insegurança à atividade processual, com impactos na celeridade de tramitação dos processos e, conseqüentemente, na eficácia da atividade jurisdicional.

Assim, deve-se encontrar um ponto eficiente de equilíbrio na aplicação da regra, pois, como assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perseverar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil¹¹⁴.

Para tanto, serão exploradas as possibilidades de interpretação do dispositivo legal, à luz dos cânones hermenêuticos, inclusive e especialmente em consonância com os princípios constitucionais que tenham implicação na matéria, para tentar apontar a melhor forma de aplicação da regra.

¹¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 148.

3 OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS

Nos capítulos anteriores, analisamos como o princípio do contraditório evoluiu até alcançar os seus contornos atuais e como, nessa evolução, deu ensejo ao advento da regra que veda a prolação de decisões-surpresa pelo juiz, incorporada ao ordenamento jurídico de diversos países e, atualmente, do Brasil.

Entendidos os fundamentos doutrinários para a gênese desta disposição específica aplicável ao processo civil (a vedação das decisões-surpresa), passa-se a explorar os limites de aplicação desta regra. Para tanto, faz-se necessário entender como esta disposição se relacionará com o princípio que a fundamentou e com os demais princípios aplicáveis ao processo civil.

Importante, nesse desiderato, entender o significado de princípios e de regras, suas diferenças e as funções que cada uma destas categorias de norma desempenha no ordenamento. A partir dessas verificações, passaremos a analisar, especificamente, as possibilidades interpretativas da regra que veda a prolação das decisões-surpresa e a sua relação com os princípios aplicáveis ao processo civil, tudo com vistas à sua aplicação ao caso concreto.

3.1 AS NORMAS, OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS

O conceito de norma é um dos conceitos fundamentais da Ciência do Direito, talvez o mais fundamental de todos. Sua definição não é unívoca, no entanto, como não poderia deixar de ser, diante da antiguidade do estudo da norma pelas ciências jurídicas e da interferência das mais diversas teorias sobre o seu conceito. Conforme alertou Maria Helena

Diniz, “quem quiser orientar-se acerca do problema do conceito da norma jurídica encontrar-se-á, portanto, diante de pontos de vista diferentes que lhe não serão de fácil domínio”¹¹⁵.

Goffredo Telles Júnior define a norma jurídica como “imperativo autorizante, harmonizado com a ordenação ética vigente”. Segundo o autor, as normas são imperativos por se constituírem em mandamentos: ou seja, não são descritivas de um comportamento efetivamente mantido ou de um estado de coisas existente, mas, sim, são “a fórmula do comportamento que deve ser mantido”. Afirma que a norma é autorizante em razão de autorizar quem for lesado pelo seu descumprimento a empregar as sanções legais em face do violador. Por fim, a norma jurídica está harmonizada com a concepção de normalidade, ou seja, em consonância com os padrões estabelecidos e os modelos de comportamento assentes em determinada sociedade¹¹⁶.

Ainda, segundo Goffredo Telles Júnior, o conjunto das normas jurídicas constitui o chamado “direito objetivo”, cujas fontes, dentre outras, incluem as disposições da Constituição, as leis em geral e os princípios gerais do direito¹¹⁷.

Já em seu conceito semântico, a norma pode ser conceituada como o significado de um enunciado normativo¹¹⁸, ou seja, com o sentido extraído dos textos que constituem o que acima se identificou como fontes do direito objetivo. Nas palavras de Humberto B. Ávila, as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”¹¹⁹.

A dogmática moderna enquadra as normas jurídicas, em geral, em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição (ou regras). As regras têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem, enquanto as normas-princípio têm maior

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 374.

¹¹⁶ TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17, 43, 59 e 103.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 105-108.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 51-54.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

teor de abstração, podendo tanto ser aplicadas diretamente a uma situação jurídica específica como ser utilizadas como critério de interpretação e integração do ordenamento jurídico¹²⁰.

Tanto as regras como os princípios estão reunidos sob o conceito de norma, uma vez que são ambos formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição e ambos dizem respeito ao que deve ser. A distinção entre regras e princípios, portanto, é uma distinção entre duas espécies de normas¹²¹.

Segundo Robert Alexy, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Os princípios são “mandamentos de otimização” e podem ser satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades fáticas e jurídicas (estas últimas determinadas em razão dos princípios e regras colidentes)¹²².

Os princípios não são concebidos para serem aplicados a situações fáticas determinadas, mas são padrões abertos da racionalidade jurídica do sistema. São espécies de mandamentos nucleares do ordenamento jurídico, que definem a lógica e a racionalidade do sistema normativo e servem de critério para a sua perfeita compreensão e inteligência. Segundo Luís Roberto Barroso, os princípios representam “a síntese dos valores albergados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”¹²³.

¹²⁰ Extrai-se dessa característica das normas-princípio a afirmação, de J. J. Gomes Canotilho, de que os princípios teriam “virtudes multifuncionais”, na medida em que desempenham também uma função argumentativa, como instrumentos úteis para se desvelar a razão de ser de uma regra ou de outro princípio menos abrangente, por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 167)

¹²¹ ALEXY, 2008, p. 87. Explicando a conquista desta posição no ordenamento jurídico pelos princípios, Ana Paula Barcellos: “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram que conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Deixando para trás a ideia de que seriam elementos exteriores ao Direito, passaram a ser identificados com mandamentos nucleares do sistema, disposições fundamentais que serviam, ao mesmo tempo, como fonte de unidade do ordenamento e critério para a adequada interpretação das normas jurídicas” (BARCELLOS, Ana Paula. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 97-98).

¹²² ALEXY, 2008, p. 90.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329. Explica Ana Paula de Barcellos que, com o movimento designado de pós-positivismo, pretendeu-se a reaproximação entre o Direito e a Ética, incorporando-se valores (os quais migram da Filosofia para o Direito) ao ordenamento jurídico, sobretudo por meio dos princípios abrigados explícita ou implicitamente na Constituição. (BARCELLOS, 2013, p. 97)

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, os princípios são premissas que determinam o modo de ser a toda ciência, que lhe dão individualidade perante outras ciências; seriam “raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas”¹²⁴.

Os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, sem especificar a conduta a ser seguida; aplicam-se a um conjunto amplo ou mesmo indeterminado de situações. Num sistema democrático é comum que os princípios entrem em tensão dialética, apontando direções diversas, de modo que sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação e à luz das circunstâncias do caso concreto¹²⁵.

Numa ordem jurídica pluralista, existem princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos contraditórios entre si e, conseqüentemente, apontam para caminhos distintos a seguir. Esta colisão de princípios não apenas é possível, como faz parte da lógica do sistema, eminentemente dialético¹²⁶. Ressalte-se que a Constituição Federal detém natureza marcadamente política e conciliatória de diversas correntes doutrinárias e ideológicas, albergando tais contradições em seu texto.

Segundo Paulo Bonavides, os princípios desempenham três importantes funções dentro do ordenamento jurídico: fundamentadora, interpretativa e supletiva. Os princípios constituem o “alicerce da norma” e lastreiam a atividade de criação do direito; os princípios, ademais, orientam a interpretação dos textos legais e, por fim, dão completude e concedem unidade ao ordenamento jurídico diante de lacunas nos textos legais¹²⁷.

Já as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, de forma que, se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. As determinações contidas na regra inserem-se no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível¹²⁸.

¹²⁴ DINAMARCO, 2017, p. 320.

¹²⁵ BARROSO, 2009, p. 354.

¹²⁶ Ibidem, p. 330.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 236. Independentemente dos esforços do legislador, sempre haverá aspectos da vida e das relações jurídicas não abrangidos ou previstos pelas leis. Os princípios, carregando em si a lógica interna do sistema, servem para o preenchimento dessas lacunas. Segundo Miguel Reale, “a lei tem lacunas, tem claros, mas o Direito interpretado como ordenamento da vida, este não pode ter lacunas, porque deverá ser encontrada, sempre, uma solução para cada conflito de interesses”. (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 287)

¹²⁸ ALEXY, 2008, p. 91.

As regras contêm relato mais objetivo, descritivo de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações: ocorrendo a hipótese prevista em seu relato, a regra deverá incidir de acordo com um mecanismo tradicional de subsunção, ou seja, enquadrando-se os fatos na previsão abstrata e produzindo uma conclusão.

Diante das características inflexíveis das regras, um conflito entre normas desta espécie somente poderá ser solucionado por meio da introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou por meio da declaração de invalidade de uma das regras conflitantes.

No exemplo trazido por Robert Alexy, a regra que determina a proibição de deixar a sala de aula antes do toque do sinal conflita com a regra que determina a obrigação de deixar a sala de aula na hipótese de soar o alarme de incêndio. O conflito poderá ser resolvido mediante a inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para a hipótese de soar o alarme de incêndio; se esta solução não for possível, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida¹²⁹.

A solução para a hipótese de colisão entre princípios é completamente diversa. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, sem que disso decorra a necessidade de declaração de sua invalidade ou de introdução de uma cláusula de exceção. Um dos princípios terá precedência sobre o outro em razão de determinadas condições, podendo este mesmo princípio ceder sob condições diversas. À luz do caso concreto, os princípios têm pesos diferentes, e aquele com maior peso terá precedência.

Segundo Ronald Dworkin, os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem: a dimensão do peso. Na hipótese de interferências entre princípios, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um deles¹³⁰.

Assim, o conflito entre princípios é resolvido por meio de sopesamento entre os interesses em conflito, definindo-se qual dos interesses (que abstratamente estão no mesmo nível) tem maior peso no caso concreto. Se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição; isso significa que um princípio restringe as possibilidades

¹²⁹ ALEXY, 2008, p. 92.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. p. 19-22.

jurídicas de realização do outro. A solução para essa colisão consistirá no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto¹³¹.

Luís Roberto Barroso¹³² distingue os princípios das regras segundo 3 (três) critérios: (i) seu conteúdo; (ii) sua estrutura normativa; e (iii) as particularidades de sua aplicação. No que diz respeito ao conteúdo, afirma que, enquanto os princípios indicam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo em si um conteúdo axiológico ou uma decisão política, as regras se limitam a traçar uma conduta, de modo que os valores subjacentes à regra não se transferem ao intérprete.

Quanto à estrutura normativa, o relato da regra especifica atos a serem praticados para seu cumprimento adequado e sua aplicação normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado. Já os princípios não detalham a conduta a ser seguida para a sua realização, tendo em vista que descrevem estados ideais a serem alcançados, de modo que a atividade do intérprete se torna mais complexa, pois a ele incumbe definir a ação a tomar.

Quanto às particularidades de sua aplicação, diz-se que as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*): se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir automaticamente. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.

Já os princípios contêm maior carga valorativa, um fundamento ético, indicando uma determinada direção a seguir; no entanto, em uma ordem pluralista existem outros princípios que podem se contrapor: é da lógica do sistema dialético a colisão entre princípios. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, validade ou invalidez: a aplicação dos princípios se dá predominantemente mediante ponderação¹³³.

¹³¹ ALEXY, 2008, p. 93-96.

¹³² BARROSO, 2009, p. 355-357.

¹³³ Humberto B. Ávila define os princípios e as regras diferenciando-os essencialmente pelo grau de determinação da conduta devida e pela medida de ligação com os fins almejados. Dessa forma, define os princípios como “normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido e, por isso, dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida” e as

A doutrina moderna entende, no entanto, que os princípios detêm um sentido e um alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. Certos efeitos estariam contidos de forma inexorável na descrição do princípio, até por força de uma imposição linguística, já que toda expressão haverá de ter um sentido mínimo. Outrossim, certas condutas se mostram indispensáveis para a realização do fim indicado pelo princípio, extraindo-se desta indispensabilidade a certeza positiva de incidência do princípio sobre a hipótese concreta, inexistindo liberdade do intérprete para a ponderação.

Esse conjunto de efeitos formaria um núcleo essencial de sentido do princípio, com natureza de regra, por se tratar de um conjunto de efeitos determinados¹³⁴.

Ilustrando essa ideia, Ana Paula de Barcellos descreve a figura de dois círculos concêntricos: o círculo interior corresponderá a um núcleo de efeitos que se tornam determinados por decorrerem de forma inafastável de seu sentido, adquirindo a natureza de regra; já o espaço intermediário entre o círculo interno e o externo será o espaço de expansão do princípio, reservado à deliberação democrática, que definirá o sentido a ser atribuído ao princípio a partir de seu núcleo entre os vários possíveis¹³⁵.

Note-se que, sendo os princípios os mandamentos nucleares do sistema jurídico, ou o seu alicerce, exercendo a função fundamentadora a que se referiu Paulo Bonavides, eles servem de fundamento para a criação das demais normas do sistema, especialmente as regras, as quais são fruto de processo consciente e racional de elaboração a partir de consensos formados no sistema jurídico e lastreados nos princípios. Nesse sentido, as regras equacionam os princípios e determinam a sua aplicação particularizada a determinado fato da vida social.

regras como “normas mediamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. (ÁVILA, Humberto B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, v. 215, p. 167, jan./mar. 1999)

¹³⁴ BARCELLOS, 2013, p. 100.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 100. Explicando a mesma ideia, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que “um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressam em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete”. (BARROSO e BARCELLOS, 2005, p. 283)

O princípio do contraditório é norma de direito fundamental expressa no artigo 5º, LV, da Constituição Federal¹³⁶. É norma-princípio e, portanto, contém relato com maior grau de abstração, sem especificar a conduta a ser seguida; aplica-se a um conjunto amplo ou mesmo indeterminado de situações. São características típicas das normas constitucionais: apresentam-se como principiológicas e esquemáticas, com maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica, conferindo ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade¹³⁷. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, “é traço que se repete nas normas constitucionais modernas serem elas abertas à mediação do legislador, apresentando uma regulamentação deliberadamente lacunosa, a fim de ensejar liberdade para a composição de forças políticas no momento de sua concretização”¹³⁸.

Tais normas contêm disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Não especificam uma conduta a ser seguida pelo Poder Público, mas apontam linhas diretoras. Estas normas investem os jurisdicionados em posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta típicas, não conferindo a eles direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação, mas fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames¹³⁹.

Ocorre que do princípio do contraditório podemos extrair um núcleo essencial de sentido, ou um raio indispensável de atuação, abrangendo situações em que inexistente liberdade de interpretação ou espaço para a ponderação. Neste núcleo, o princípio do contraditório atua como verdadeira regra.

A acepção estática do princípio do contraditório, acima descrita, representada pelo binômio “informação-reação” ou pela ideia de bilateralidade, encontra-se no raio de eficácia mínima do princípio do contraditório. Nenhuma interpretação possível do princípio do contraditório poderia se afastar da imposição de necessidade de conceder a todas as partes

¹³⁶ Gilmar Ferreira Mendes adota a denominação genérica de “direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo” para se referir ao elenco de proteções constantes da Constituição Federal que têm por escopo proteger o indivíduo no contexto do processo judicial. Reconhece, no entanto, que a expressão peca por imprecisão terminológica, uma vez que muitos desses direitos transcendem a esfera propriamente judicial (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 438).

¹³⁷ BARROSO, 2009, p. 111.

¹³⁸ MENDES e BRANCO, 2012, p. 76.

¹³⁹ BARROSO, 2009, p. 113.

envolvidas no litígio o direito à informação acerca dos atos praticados e a oportunidade de se manifestar.

Ainda que o Código de Processo Civil não trouxesse a disposição do seu artigo 9º, no sentido de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, essa determinação se extrairia do próprio princípio do contraditório, de forma cogente.

Já o direito à não surpresa, oriundo da acepção dinâmica do princípio do contraditório, encontra-se fora do seu núcleo inexorável de eficácia, no espaço de expansão possível do significado do princípio no qual atuam as forças democráticas (a confirmar essa afirmação, como veremos oportunamente, o direito à não surpresa não era reconhecido na prática judicial brasileira anteriormente ao advento do atual Código de Processo Civil, que instituiu a regra específica).

A disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil, que trata do exercício do contraditório e da vedação às decisões-surpresa, tem a clara natureza de uma norma-regra, de forma que sua aplicação se dará a partir da interpretação de seu texto e de um exercício de subsunção, detendo eficácia restrita às situações específicas às quais se dirige.

Como podemos concluir neste ponto a partir das análises acima, não há dúvidas de que a regra da vedação às decisões-surpresa tem íntima relação com o princípio do contraditório e advém de uma leitura moderna de suas implicações e da expansão de sua eficácia: o princípio do contraditório é, portanto, fundamento primeiro da regra da vedação às decisões-surpresa.

No entanto, a análise do âmbito de aplicação da regra e de seus limites deve se pautar por processo de interpretação balizado por técnicas hermenêuticas que levem em consideração não apenas o princípio do contraditório, mas todos os princípios aplicáveis ao processo civil, especialmente aqueles que estejam em conflito dialético com o princípio do contraditório.

3.2 CONTRADITÓRIO, CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

Como verificado acima, é da essência do sistema jurídico a existência de conflitos ou contradições entre princípios, os quais, isoladamente considerados, levariam a soluções diversas. A superação de uma situação que envolve o conflito de princípios não aplicará os mesmos parâmetros daquela em que haja um conflito entre regras; no conflito entre princípios, “deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro”¹⁴⁰.

Discorrendo especificamente sobre os princípios aplicados ao processo civil, Cândido Rangel Dinamarco anota ser necessário ter em mente que nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo, constituindo todos eles, em conjunto, meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça. Segundo o autor, essa é a “regra de ouro” para a solução de problemas decorrentes das aparentes incompatibilidades entre princípios constitucionais¹⁴¹.

A inexistência de hierarquia entre os princípios constitucionais decorre do princípio da unidade da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível e em concreto entre os comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham¹⁴².

Veja-se que o exato conhecimento da abrangência de um princípio não resulta imediatamente da norma que o consagra, mas dependerá da consideração de fatores advindos da análise do caso concreto; daí a expressão de que os princípios detêm caráter *prima facie*:

¹⁴⁰ MENDES e BRANCO, 2012, p. 210.

¹⁴¹ DINAMARCO, 2017, p. 382-383.

¹⁴² BARROSO e BARCELLOS, 2005, p. 299-302. Os autores explicam que o termo “princípio”, empregado em “princípio da unidade da Constituição”, não diz respeito ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação; o termo prende-se à precedência ou proeminência do mandamento dirigido ao intérprete. Trata-se do que chamaram de “princípios instrumentais de interpretação constitucional”.

a normatividade dos princípios é provisória, “potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima”¹⁴³.

Neste passo, o princípio do contraditório se encontra em contínua tensão dialética com outros princípios e valores constitucionais, também aplicáveis ao processo civil. Analisaremos, especificamente, a relação entre o contraditório, a celeridade e a segurança jurídica.

A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, positivando norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, tal orientação já era há muito perfilhada em convenções internacionais de direitos humanos e mesmo considerada implícita na ideia de proteção judicial efetiva e no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana¹⁴⁴.

Com efeito, muito antes da introdução do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, José Rogério Cruz e Tucci já afirmava que a prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável, ou o direito ao processo sem dilações indevidas, eram corolário do devido processo legal¹⁴⁵. José Afonso da Silva afirma, por seu turno, que o acesso à Justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, por si só, “já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado”¹⁴⁶.

No entanto, a importância do tema e a atenção dada a ele pelos processualistas foram sensivelmente aumentadas pela previsão expressa e específica da garantia na Constituição Federal.

¹⁴³ MATOS, Varella de. **Conflito de direitos fundamentais em direito constitucional e conflitos de direitos em direito civil**. Porto: Almeida e Leitão, 1998. p. 18.

¹⁴⁴ MENDES e BRANCO, 2012, p. 449.

¹⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 17, n. 66, p. 76, abr.-jun. 1992.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 433. Alexandre de Moraes afirma que a razoável duração do processo e a celeridade processual já estavam contempladas no texto constitucional, seja no princípio do devido processo legal, seja no princípio da eficiência aplicável à Administração Pública. (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 452)

É antiga a ideia de que justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça. José Rogério Cruz e Tucci afirma que o tempo necessário à tramitação dos processos constitui o principal motivo de crise da justiça e que “a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice* o direito à tutela jurisdicional”¹⁴⁷.

O princípio da celeridade está sem dúvida relacionado ao princípio da economia processual, o qual “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”¹⁴⁸.

Trata-se, a celeridade processual e a razoabilidade do seu prazo de duração, de cláusulas gerais cujo conteúdo não é objetivamente determinado. Assim, não é possível, “de antemão, predeterminar qual seja a duração razoável de todos os processos. Também a celeridade processual não é algo que se possa predeterminar por meio de um ritmo único e preciso”¹⁴⁹.

Por se tratar de um princípio, este introduzido pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, também deve ter o seu conteúdo extraído das possibilidades fáticas e ser aplicado em ponderação com os demais princípios aplicáveis à atividade jurisdicional.

Não fugiu à doutrina a clara contraposição entre a celeridade processual e as demais garantias que acarretam uma maior demora à prestação jurisdicional, especialmente o contraditório, as quais são necessárias para garantir a qualidade da prestação jurisdicional. Tais garantias, se não balanceadas com a necessidade de conceder solução ao litígio em tempo razoável, poderiam impactar na própria efetividade da prestação jurisdicional.

O dilema entre a celeridade necessária à consecução do escopo social do processo (ou seja, a pacificação) e o tempo necessário à consecução do seu escopo jurídico (o

¹⁴⁷ CRUZ E TUCCI, 1992, p. 73.

¹⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73. Humberto Theodoro Júnior também relaciona o princípio da economia processual à duração razoável do processo: “O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justa, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade” (THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 65).

¹⁴⁹ THEODORO JR., 2015, p. 77.

cumprimento adequado do direito objetivo) é sublinhado por Flávio Luiz Yarshell¹⁵⁰, para quem “não há solução fácil para um problema sabidamente complexo”. O autor aponta a tensão constante entre o aumento do risco de se criar injustiças acarretado pela rapidez do processo, de um lado, e a sensação geral de ineficiência e impunidade trazida pela morosidade, de outro.

Aponta, ainda, Flávio Luiz Yarshell, que esse conflito se projeta sobre o tema dos princípios e que o equilíbrio entre esses dois diferentes aspectos é busca constante e grande desafio do legislador. Qualquer movimento em direção à celeridade, afirma, advém da opção por assumir riscos que tal celeridade acarreta sobre a qualidade da prestação jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco também se refere a “posturas de risco” assumidas pelo legislador quando se depara com o dilema entre a necessidade de simplificar os atos do procedimento (e, assim, garantir a celeridade) e os óbices à simplificação representados pelos valores inerentes ao *due process of law*. Segundo o autor, “nenhum princípio ou garantia é absoluto, nem insuscetível de releituras e interpretações coerentes com as mutantes exigências dos tempos”¹⁵¹.

Anote-se que essa ideia de troca entre a acuidade no julgamento e a necessidade de se garantir celeridade na tramitação do processo é bastante familiar no sistema processual brasileiro. A imposição de prazos para a prática de atos processuais é um exemplo, bem como a citação ficta, as regras de distribuição do ônus probatório, a revelia, o princípio dispositivo, dentre outros. Todos trazem em si a ideia de escolha do legislador entre a acuidade do julgamento (prejudicada nos exemplos dados) e a celeridade.

Análise similar é realizada por José Rogério Cruz e Tucci, para quem os postulados da segurança jurídica e da efetividade do processo seriam, em princípio, opostos. Conclui o

¹⁵⁰ YARSHELL, 2014, p. 70.

¹⁵¹ “A necessidade de simplificar os atos e o procedimento como um todo esbarra em óbices que são legítimos em si mesmos, representados pelos valores inerentes ao *due process of law*, mas perdem legitimidade na medida das distorções a que pode dar lugar sua leitura tradicionalista e despreocupada da efetividade do acesso à justiça. Nenhum princípio ou garantia é absoluto, nem insuscetível de releituras e interpretações coerentes com as mutantes exigências dos tempos.

A consciência dessa postura metodologicamente correta vai levando o legislador a assumir certas *posturas de risco*, valendo-se da experiência segundo a *quod plerumque accidit* e assim permitindo a renúncia aos exageros de cuidados quanto aos atos e ao procedimento em si mesmo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. T. 1, p. 155)

autor que do equilíbrio entre a segurança jurídica e a celeridade emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto¹⁵².

José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que o conflito entre segurança e efetividade reflete, na verdade, o confronto entre o escopo jurídico e o escopo social do processo. Diz que a efetividade e a segurança “se apresentam frequentemente incompatíveis, pois a segurança pressupõe cognição exauriente e contraditório pleno, o que requer tempo”. Segundo o autor, a harmonização desses valores é necessária, pois ambos são imprescindíveis ao sistema¹⁵³.

Note-se que José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque contrapuseram a segurança jurídica à efetividade do processo (ou à celeridade), corroborando a ideia de que a segurança jurídica estaria relacionada à qualidade na prestação jurisdicional e ao cumprimento adequado do direito objetivo. Ocorre que o postulado da segurança jurídica pode também ser relacionado à necessidade de conceder uma solução rápida e eficiente às demandas submetidas ao Poder Judiciário e, especialmente, à necessidade de se garantir estabilidade às decisões proferidas por ele.

A segurança é um dos valores fundantes do Estado Democrático, expressamente previsto no preâmbulo da Constituição Federal e no *caput* do seu artigo 5º. Entende-se por segurança jurídica a garantia de estabilidade das situações jurídicas já consolidadas e a finalidade de criar um estado de previsibilidade de comportamento dos agentes estatais¹⁵⁴.

¹⁵² CRUZ E TUCCI, 1992, p. 73.

¹⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95-96.

¹⁵⁴ Paulo de Barros Carvalho afirma que a segurança jurídica é um sobreprincípio, na medida em que se extrai da conjunção de outros princípios abraçados pelo ordenamento jurídico. Afirma que, mesmo que não haja previsão expressa do primado da segurança jurídica em determinado ordenamento jurídico, seria possível extraí-lo dos demais princípios que lhe servem como fundamento. Nas suas palavras: “Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas, como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será difícil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suporte, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança” (CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. In: SOUZA, Arivaldo de et al. (coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem a Edvaldo Brito**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 557).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que direito e segurança jurídica são “noções literalmente inseparáveis”, uma vez que “o Direito é, em si mesmo, um projeto de implantação da segurança”¹⁵⁵.

Pode-se identificar no postulado da segurança um aspecto objetivo, relacionado à estabilidade do ordenamento jurídico e à segurança de orientação e realização do direito, e outro aspecto subjetivo, chamado de proteção à confiança, relacionado à calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos de atos do Poder Público¹⁵⁶.

A segurança jurídica no processo assegura, por um lado, a certeza, a aplicabilidade e a confiabilidade do direito e das garantias processuais; de outro, assegura a estabilidade e a efetividade das situações jurídicas processuais.

Dentre as diversas influências que o postulado da segurança jurídica pode exercer sobre o processo¹⁵⁷, duas se mostram pertinentes para o presente estudo. A primeira diz respeito à garantia de aplicação dos direitos inerentes ao devido processo legal e das normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, pelo Poder Judiciário.

Ora, se a segurança jurídica se relaciona com a previsibilidade do comportamento dos agentes estatais, a aplicação do princípio redundará na necessidade de os agentes públicos, no caso o Poder Judiciário, observarem a sistemática regida pelas garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e pelas leis de direito processual.

Nesse passo, a segurança jurídica é garantida pela observância das garantias do acesso à justiça, da igualdade processual material, do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e da duração razoável e da efetividade do processo.

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41.

¹⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

¹⁵⁷ Sérgio Massaru Takoi aponta a existência das seguintes dimensões da segurança jurídica do processo: (i) a garantia de aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos inerentes ao devido processo legal e demais normas jurídicas de direito processual; (ii) a garantia de estabilidade da coisa julgada; (iii) a confiança nas orientações jurisprudenciais; (iv) a aplicabilidade concreta dos efeitos processuais; (v) a efetividade das situações jurídicas processuais; e (vi) a proteção da confiança no processo pela boa-fé objetiva (TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio constitucional da segurança jurídica no processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, v. 94,, p. 251, jan./mar. 2016)

Paulo Henrique dos Santos Lucon relaciona o princípio da segurança jurídica ao dever imposto ao juiz de evitar as chamadas decisões-surpresa. Afirma que tais decisões criam um estado de incerteza, uma vez que seu resultado não poderia ser antevisto pelas partes em disputa: “se o juiz pode se valer de qualquer fundamento, sem que as partes o conheçam, como poderão elas minimamente antever o resultado da decisão e assim orientarem as suas condutas?”¹⁵⁸.

Uma segunda influência do postulado da segurança jurídica, no entanto, diz respeito à efetividade das situações jurídicas processuais. Tal influência relaciona-se à não perpetuação do estado de indefinição dos direitos enquanto submetidos ao escrutínio do Poder Judiciário e, portanto, aponta para a necessidade de se garantir uma duração razoável dos processos e a estabilidade das decisões judiciais.

Sob este ponto de vista, o princípio da segurança jurídica impõe ao Poder Judiciário a adoção de técnicas processuais para garantir a celeridade da tramitação e da solução dos processos, exigindo a adoção de critérios de razoabilidade em relação à concretização das garantias do *due process of law*.

Outrossim, ao representar uma garantia de estabilidade das decisões judiciais e de não perpetuação do estado de indefinição, a segurança jurídica determina que as decisões judiciais não estejam a todo momento sob o risco de ceder a nulidades que não se fundem em critérios razoáveis.

Nota-se que a segurança jurídica pode ser utilizada como fundamento válido para se impor ao Poder Judiciário o dever de observar o princípio do contraditório e as garantias do *due process of law*, bem como para se vedar a prolação de decisões-surpresa; no entanto, a segurança jurídica é também fundamento válido para impedir excessos na aplicação das garantias processuais, com vistas à eficiência da jurisdição e ao afastamento das incertezas.

Assim, pode-se afirmar que a segurança jurídica determina uma postura equilibrada do Poder Judiciário, a adoção de critérios razoáveis para a aplicação das garantias processuais, rejeitando qualquer atitude que renegue de forma absoluta os postulados advindos do contraditório dinâmico, mas impedindo, igualmente, que a adoção desta atual

¹⁵⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (coord.). **Processo em jornadas**. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 769.

concepção do princípio do contraditório acarrete perda desnecessária de eficiência e efetividade.

Marcelo José Magalhães Bonício já afirmava, em relação ao “dever de diálogo” oriundo da atual concepção do princípio do contraditório, que este “deve ser realizado na medida do que for necessário, principalmente para não atrasar injustificadamente o andamento do processo”¹⁵⁹. E conclui o mesmo autor, em relação à regra prevista no artigo 10 do Código de Processo Civil:

Assim, com exceção das hipóteses em que o juiz venha a perder muito tempo do processo ouvindo as partes além do que é razoável, parece muito positiva a novidade trazida pelo novo CPC, não só para a segurança das partes, mas também para o bom funcionamento do sistema processual, que tende a ser mais justo e rápido com isso.¹⁶⁰

Repetindo a afirmação de Flávio Luiz Yarshell, não há solução fácil para um problema sabidamente complexo.

Para a solução desta oposição entre os princípios do contraditório, de um lado, e os princípios da celeridade e da segurança jurídica, de outro, não é possível a utilização pura e simples da subsunção, acolhendo-se unicamente um dos princípios e descartando os demais. Será preciso um raciocínio mais complexo, que seja capaz de trabalhar de modo multidirecional e de produzir a regra concreta que vai reger a hipótese a partir da síntese dos elementos normativos incidentes sobre determinado conjunto de fatos.

3.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

A ponderação é uma técnica de decisão jurídica que se aplica aos casos em relação aos quais a técnica da subsunção se mostra insuficiente; aplica-se a ponderação aos chamados “casos difíceis”, especialmente em situações concretas que deem ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que apontam para soluções diferentes.

¹⁵⁹ BONICIO, 2016, p. 89.

¹⁶⁰ BONICIO, 2016, p. 90.

A ponderação se ocupará de casos em que se identifiquem confrontos de razões, de interesses, de valores e de bens albergados por normas constitucionais, com o propósito de solucionar esses confrontos de forma menos traumática para o sistema, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas¹⁶¹.

Apesar de a técnica da ponderação estar tradicionalmente vinculada à teoria dos princípios e às características desta espécie de normas, e, portanto, reservada às hipóteses de conflitos entre princípios de mesma hierarquia, modernamente a ponderação vem ganhando destaque como técnica de decisão jurídica autônoma, aplicada em outros ambientes que não o conflito entre princípios: pode-se encontrar exemplos de aplicação da técnica da ponderação para definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados, para resolver o confronto de regras ou de regras com princípios em um caso concreto¹⁶².

É longeva e profunda a controvérsia doutrinária acerca da idoneidade da ponderação como técnica de decisão, dos seus limites de aplicação e de seu procedimento. Afirma Robert Alexy que “o ponderar no direito constitucional leva a tantos problemas, que nem sequer é possível enumerá-los”¹⁶³. Diversos autores repudiam a técnica da ponderação, apontando principalmente a impossibilidade de se estabelecer critérios objetivos e racionais para fundamentar a decisão, a qual se tornaria, portanto, arbitrária¹⁶⁴.

Argumenta-se que o recurso à ponderação autoriza que o intérprete decida com base nas suas próprias valorações e intuições morais: sem um referencial jurídico e em nome da

¹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

¹⁶² BARCELLOS, 2008, p. 56.

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. e org. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 108.

¹⁶⁴ Citados por Anizio Pires Gavião Filho: Jürgen Habermas (Faktizität und Geltung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, S. 315); Jürgen Habermas (Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law Scholl. In: Jürgen Habermas. Die Einbeziehung der Anderen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, S. 369); Carlos Bernal Pulido (El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 161); Mattias Jaestaedt (La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. In: Eduardo Montealegre Lynett (coord.). La ponderación em derecho. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 75-113) (GAVIÃO Filho, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (org., trad., rev.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 149-152)

justiça do caso concreto, os intérpretes podem se valer da ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e imprevisíveis¹⁶⁵.

Para justificar a validade científica da técnica da ponderação e demonstrar sua racionalidade, diversos autores se debruçaram sobre o seu procedimento e estabeleceram balizas objetivas para a sua aplicação.

O presente estudo não tem a pretensão de exaurir essa matéria ou apontar critérios absolutos para a aplicação da técnica da ponderação. Como restará claro, a técnica da ponderação será utilizada em nosso estudo unicamente como um dos métodos para se delimitar o sentido dos conceitos jurídicos empregados pelo artigo 10 do Código de Processo Civil, ou seja, como ferramenta hermenêutica para a interpretação e compreensão dos limites de aplicação do texto legal.

Para os fins pretendidos, uma breve descrição simplificada dos métodos empregados pela técnica da ponderação se mostra suficiente¹⁶⁶.

A técnica da ponderação pode ser explicada pela seguinte regra: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁶⁷. A técnica da ponderação vai analisar, de acordo com os dados da hipótese concreta, o grau de comprometimento necessário de um princípio a fim de realizar outro princípio conflitante.

A ponderação envolve um procedimento em 3 (três) passos: primeiro, deve-se identificar o grau de comprometimento (ou de não cumprimento) de um princípio; em seguida, deve-se identificar o grau de importância do cumprimento do outro princípio conflitante; e, por fim, deve-se analisar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o grau de não cumprimento ou prejuízo do outro.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 149-150.

¹⁶⁶ Para uma análise detalhada acerca da técnica da ponderação: ALEXY, 2015; BARROSO e BARCELLOS, 2005, p. 287-291; LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (org., trad., rev.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 95-115; GAVIÃO Filho, 2015, p. 147-175.

¹⁶⁷ ALEXY, 2015, p. 110.

Para ilustrar a técnica da ponderação com exemplo clássico de conflito entre princípios constitucionais, imagine-se o conflito entre a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação (artigo 5º, IV e XIV, da Constituição Federal) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X, da Constituição Federal). Quando se submete ao Poder Judiciário um pedido de impedimento de veiculação de determinada notícia ou edição de determinado livro, ou de condenação do responsável pela publicação ao pagamento de indenização, o julgador deverá decidir qual dos valores constitucionais terá prevalência no caso concreto.

Para realizar essa ponderação, o julgador deverá identificar diante da hipótese concreta o grau de comprometimento ao princípio da liberdade de manifestação que a tutela jurisdicional requerida (impedimento de veiculação/indenização) acarretará; bem como o grau de importância, no caso concreto, do cumprimento do princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Identificados o grau de comprometimento e o grau de importância do cumprimento dos princípios conflitantes, o julgador poderá, por fim, ponderar se a medida pretendida é justificada e se mostra proporcional.

Para permitir uma análise com bases objetivas acerca do grau de comprometimento ou do grau de importância de cumprimento dos princípios, Robert Alexy sugere um “escalamento triádico”, segundo o qual o julgador deverá classificar o grau de intervenção sobre um princípio em uma de 3 (três) categorias: leve (ou baixo, ou fraco), médio ou grave (ou alto, ou forte)¹⁶⁸.

A exemplificação, novamente, permite uma melhor compreensão do procedimento.

A concessão de tutela jurisdicional que tenha por finalidade impedir a veiculação de determinada informação (distribuição de um jornal, edição de um livro, disponibilização de uma matéria), ou mesmo de tutela que tenha por objeto a condenação ao pagamento de indenização pela veiculação já realizada, pode ser classificada como uma intervenção, ou comprometimento, grave sobre os princípios da liberdade de manifestação do pensamento e do direito de acesso à informação.

¹⁶⁸ ALEXY, 2015, p. 137 e seguintes.

Na primeira hipótese (impedimento de veiculação), os direitos garantidos pelos princípios constitucionais são integralmente fulminados; na segunda hipótese (indenização), o apontamento da ilicitude do comportamento e a imposição da sanção pecuniária tem por consequência a diminuição da disposição futura dos afetados de continuarem a manifestar o seu pensamento ou divulgarem a informação como o faziam. Em ambos os casos, a intervenção no princípio é grave, portanto.

Para classificação do grau de importância do cumprimento do princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, alguns critérios podem ser estabelecidos. Afirmo Luís Roberto Barroso que os seguintes elementos devem ser sopesados nesta análise: (a) a veracidade do fato; (b) a licitude do meio empregado para obtenção da informação; (c) a personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (d) o local do fato; (e) a natureza do fato; (f) a existência de interesse público na divulgação¹⁶⁹.

Estabelecidas essas premissas, e utilizando um exemplo que teve grande repercussão no cenário nacional, imagine-se uma hipótese em que se divulgam, por meio de diversas reportagens, mensagens obtidas por meios ilícitos, trocadas em âmbito particular por pessoas titulares de cargos públicos eminentes, as quais dizem respeito a fatos de extrema importância para o cenário político nacional.

Pelos critérios apontados por Luís Roberto Barroso, deve-se considerar que, apesar de haverem sido obtidas por meio ilícito, as mensagens são verdadeiras e se relacionam a personalidades públicas, tratando de fatos de natureza política e, conseqüentemente, detendo grande interesse público.

Neste caso, diante das características da hipótese em concreto analisada, o grau de importância do cumprimento do princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas deve ser classificado como leve, ou no máximo mediano, devendo-se dar primazia aos princípios da liberdade de manifestação do pensamento e do direito de acesso à informação nesta hipótese concreta.

¹⁶⁹ BARROSO, 2010, p. 350.

A conclusão, no entanto, seria oposta, caso os fatos tratados pelas mensagens divulgadas tivessem natureza eminentemente privada (relacionamentos amorosos, por exemplo) e não detivessem interesse público, portanto¹⁷⁰.

É claro que o procedimento acima é uma simplificação que desconsidera diversas outras variáveis possíveis (por exemplo, o “peso abstrato” dos princípios) e adota um grau de escalonamento mais simplificado (com apenas três classificações) para fundamentar a análise. O modelo simplificado é suficiente, no entanto, para demonstrar que não é possível estabelecer respostas apriorísticas para o conflito entre princípios: como visto, no conflito entre a liberdade de manifestação do pensamento e o direito de acesso à informação, de um lado, e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, de outro, são as circunstâncias do caso concreto que apontarão a solução, a qual pode pender em favor de qualquer dos lados da equação.

Análise similar pode ser realizada em relação ao conflito entre o princípio do contraditório e o princípio da celeridade processual e a razoabilidade do seu prazo de duração. Em algumas hipóteses concretas, pode-se identificar um altíssimo grau de importância no cumprimento do princípio do contraditório, especialmente quando se trata do núcleo de significância do princípio representado pelo que denominamos acima contraditório estático.

Na medida em que nos afastamos deste núcleo e passamos ao espaço de expansão possível de significação do princípio do contraditório, a importância do cumprimento do princípio diminui (o que não quer dizer, em absoluto, que as áreas de expansão do princípio, ou o que se convencionou chamar de contraditório dinâmico, não sejam importantes).

É óbvia a constatação, por exemplo, de que a ausência de citação do réu afeta de forma muito mais grave o princípio do contraditório do que a ausência de intimação da parte acerca de um novo documento juntado aos autos pela parte contrária, ou do que a ausência

¹⁷⁰ Robert Alexy analisa um caso concreto julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que trata de hipótese similar, quando o tribunal foi instado a ponderar sobre a proporcionalidade da condenação da editora de determinada revista por supostas ofensas praticadas contra uma pessoa pública (oficial da reserva) que sofria de paralisia corporal (hemiplegia). A análise do caso é interessante porque o tribunal entendeu que a condenação em relação a uma das ofensas praticadas (“aleijado”) era razoável, afastando a condenação em relação a outra ofensa (“nascido assassino”), por entender desproporcional (ALEXY, 2015, p. 112-116).

de concessão de oportunidade à parte para se manifestar acerca da ilegitimidade de parte reconhecida de ofício pelo juiz.

Hipóteses existirão, neste passo, em que a importância em concreto do cumprimento do princípio do contraditório poderá ser classificada como baixa ou leve, permitindo que a sua aplicação ceda diante do grau de comprometimento do princípio da celeridade processual e a razoabilidade do seu prazo de duração, ou mesmo diante do postulado da segurança jurídica.

Por se tratar a norma instituída pelo artigo 10 do Código de Processo Civil de uma norma-regra, a sua aplicação, como acima explicitado, não se dará por meio de uma técnica de ponderação, mas, sim, de subsunção. Ocorre que, para se estabelecer os limites de abrangência desta regra, será necessário recorrer a técnicas hermenêuticas para a correta interpretação do texto normativo; a técnica da ponderação será utilizada como um dos métodos para se desvelar o correto significado do texto normativo e a melhor forma de aplicação da regra na prática processual.

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Até este ponto do estudo, focamos a nossa análise na evolução doutrinária do princípio do contraditório e em como essa evolução fundamentou a criação da regra atualmente prevista no artigo 10 do Código de Processo Civil.

No presente capítulo, tratamos das normas jurídicas e de seu enquadramento como normas-princípio ou normas-regra, descrevendo as funções que cada uma dessas espécies de norma desempenham no ordenamento. As normas-princípio detêm um âmbito limitado de aplicação objetiva (naquilo que chamamos de “núcleo essencial de sentido”), fundamentam a criação das normas-regra e orientam sua aplicação.

Em se tratando do princípio do contraditório, concluimos que este detém um núcleo essencial que podemos representar pela acepção estática do princípio, representada pelo binômio “informação-reação”. No que diz respeito ao direito à não surpresa, este se encontra fora do núcleo essencial, no espaço de expansão possível do significado do princípio no qual atuam as forças democráticas.

A partir da criação da disposição legal específica que trata da vedação às decisões-surpresa (prevista no artigo 10 do Código de Processo Civil), esta norma-regra deverá atender a técnicas de aplicação próprias desta espécie de normas, não carregando o intérprete os valores que fundamentaram a sua criação.

Não há dúvidas de que o princípio do contraditório assume posição de destaque no trabalho hermenêutico e será considerado pelo intérprete nos esforços para desvelar a forma de aplicação da regra: veremos que a técnica teleológica de interpretação exige que a norma seja interpretada de forma a atender os fins para os quais foi criada. Também é verdadeiro, no entanto, que o intérprete deverá ponderar a influência dos demais princípios aplicáveis ao processo civil e que estejam em conflito, como a segurança jurídica e a celeridade.

Em conclusão, a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil deve atender a regras de hermenêutica, para as quais o conteúdo do princípio do contraditório serve como uma das diversas ferramentas a serem utilizadas. A interpretação desta regra não deve ser realizada com base no conteúdo ideológico que acompanha o estudo do princípio do contraditório e inspira a doutrina a enxergar nele diversos conteúdos não integrados ao ordenamento (como era o caso da própria vedação à decisão-surpresa, antes do advento do atual Código de Processo Civil).

Os próximos capítulos do presente estudo se dedicam à interpretação e à aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil em hipóteses concretas, pretendendo fazê-lo com fundamento em técnicas hermenêuticas e a salvo de inclinações ideológicas que acompanham o estudo do princípio do contraditório.

Possivelmente em razão deste direcionamento do estudo, as conclusões que serão alcançadas distanciam-se em alguns pontos dos anseios de boa parte da doutrina que se dedica ao estudo do princípio do contraditório; entretanto, parece se aproximar da realidade de aplicação da regra pelo Poder Judiciário brasileiro e estrangeiro.

4 ARTIGO 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1 A INTRODUÇÃO DA REGRA DA VEDAÇÃO ÀS DECISÕES-SURPRESA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

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

Pretende o artigo 10 evitar que as partes sejam surpreendidas com decisões que se fundamentem em questões não debatidas nos autos e não submetidas a contraditório efetivo.

Como é sabido, independentemente de manifestação ou pedido expresso das partes, o juiz tem o dever de conhecer de ofício determinadas matérias, como, por exemplo, as nulidades do negócio jurídico (artigo 166 e 168, parágrafo único, do Código Civil), a prescrição e a decadência (artigo 487, II, do Código de Processo Civil) e as matérias de ordem processual, especialmente as enumeradas no artigo 337 do Código de Processo Civil (exceção feita à convenção de arbitragem e à incompetência relativa).

Outrossim, sabe-se que o juiz pode atribuir outra interpretação ou qualificação jurídica aos fatos afirmados pelas partes: a regra *iura novit curia* aponta que o limite à atividade do juiz estaria restrito à matéria fática arguida pelas partes.

Há clara tensão entre o respeito ao contraditório e os poderes que o juiz detém para conhecer de ofício determinadas matérias (como extinguir processos, decretar nulidades e reconhecer a prescrição e a decadência, por exemplo), bem como para atribuir outra qualificação jurídica aos fatos afirmados pelas partes.

Tais possibilidades de o juiz decidir em dissonância com o que as partes requerem e argumentam nos autos, permitem a prolação do que se convencionou chamar “decisão-surpresa”, “decisão de terceira via”, ou “juízo de terceira via”.

A disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil determina ao juiz que proporcione às partes oportunidade de se manifestarem especificamente sobre o novo fundamento alvitrado de forma inovadora pelo juiz, protegendo-as de uma “decisão-surpresa”.

Em linha com a moderna concepção do princípio do contraditório, impõe-se também ao juiz a participação no contraditório por meio do diálogo¹⁷¹, de forma que o exercício do contraditório não seja apenas formal, mas que as partes tenham efetiva possibilidade de influenciar as decisões a serem tomadas pelo magistrado.

Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros contêm disposições similares acerca da necessidade de observação do princípio do contraditório também em relação a matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz. O Code de Procédure Civile francês institui, em seu artigo 16, disposição que impede o juiz de fundamentar sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestarem acerca de suas observações.

Viu-se anteriormente, ainda, a disposição do artigo 101 do Codice di Procedura Civile italiano, que também dispõe sobre a necessidade de se permitir às partes a manifestação prévia em relação à questão revelada de ofício pelo juiz.

Também no direito português, o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 3º, n. 3, que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em 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”. No artigo 207º, o mesmo código dispõe que “a arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade”.

¹⁷¹ “Não há dúvida que o Projeto consagrou nestes casos o direito ao contraditório como dever de consulta ou de diálogo judicial. A novidade está em que, ao contrário do que sucedia anteriormente, o contraditório atualmente também tem como destinatário o órgão jurisdicional. O contraditório não é tão somente entre as partes. É também entre o juiz e as partes. O juiz passa a figurar igualmente como sujeito do contraditório”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 75)

Outros ordenamentos europeus, como o alemão e o austríaco, trazem disposições similares.

No Brasil, inexistia no sistema do Código de Processo Civil revogado disposição legal expressa nesse sentido. Boa parte da doutrina, no entanto, afirmava que a regra, segundo a qual o juiz deve oportunizar a manifestação prévia das partes anteriormente à tomada da “decisão de terceira via”, já poderia ser retirada do sistema processual, partindo-se de uma interpretação da garantia do contraditório em consonância com seu delineamento contemporâneo e à luz da tutela constitucional do processo.

Muitos doutrinadores brasileiros já apontavam a necessidade de o juiz promover o contraditório anteriormente à tomada de decisões fundamentadas em questões cognoscíveis de ofício não aventadas pelas partes, mesmo antes da existência do projeto do atual Código de Processo Civil.

Leonardo Greco afirmava que o direito de influir nas decisões que possam atingir a esfera de interesses do indivíduo independeria de regulamentação por lei infraconstitucional, consistindo em componente essencial do direito de acesso à Justiça ou do direito à tutela jurisdicional efetiva¹⁷².

No mesmo sentido, afirmando que a inexistência de legislação infraconstitucional não seria empecilho para o reconhecimento da abrangência da garantia do contraditório, também se manifestavam Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes¹⁷³.

Em outra passagem, Humberto Theodoro Júnior manifestava o seu entendimento sobre o acolhimento do princípio do contraditório representar garantia contra a decisão-surpresa mesmo antes do advento do atual diploma processual, afirmando que o contraditório representaria um princípio “absoluto”, ao qual se submete também o juiz, que deveria respeitá-lo mesmo nas hipóteses em que procede o exame e a deliberação de ofício acerca

¹⁷² GRECO, 2005, p. 545-546.

¹⁷³ “No entanto, a existência técnica nas legislações processuais (no plano infraconstitucional) de regras com o teor acima expresso nada altera o panorama (talvez mesmo o consolide), pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões” (THEODORO JR. e NUNES, 2009, p.124-125).

de certas questões que envolvem matéria de ordem pública, ensejando às partes a oportunidade de se manifestarem¹⁷⁴.

José Roberto dos Santos Bedaque, em artigo datado de 2002, já afirmava que

o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz conhecer das questões independentemente de provocação, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes. [...] Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional. Daí entender que o modelo processual constitucional, ao consagrar o princípio do contraditório, impede o juiz de tomar qualquer decisão, sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas no provimento¹⁷⁵.

No mesmo sentido, podem-se encontrar lições de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a vedação à prolação de decisões-surpresa tem sido erigida como um mandamento universal inerente à garantia do contraditório. Segundo o autor, o juiz não “decai de sua dignidade” ao fomentar o debate entre as partes e “o juiz mudo tem também algo de Pilatos”¹⁷⁶.

Não obstante as vozes da doutrina, a regra não era, na prática, observada pelo Poder Judiciário pátrio. A jurisprudência acerca do tema era tímida, sendo possível colher pouquíssimas decisões que dessem guarida a essa feição moderna do princípio do contraditório de vedação à decisão-surpresa. Algumas decisões nesse sentido poderiam ser

¹⁷⁴ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 32.

¹⁷⁵ BEDAQUE, 2002, p. 39-40.

¹⁷⁶ “Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O *juiz mudo* tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça. Essa última alternativa é também oriunda do art. 16 do Nouveau Code de Procédure Civile francês, segundo o qual o juiz ‘não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações’. A riqueza dessa sábia disposição tem levado a doutrina a erigi-la também em mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição. O juiz, p. ex., que ouve as partes antes de extinguir o processo por uma ilegitimidade *ad causam* não alegada pelo réu, e portanto não posta em contraditório entre as partes, não está manifestando uma suposta predisposição *contra* o autor, ou prejudgando: ao contrário, ele está oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial” (DINAMARCO, 2010, p. 528).

encontradas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estado cujo Poder Judiciário é reconhecido pela vanguarda e inovação em relação a outros estados¹⁷⁷.

No Supremo Tribunal Federal, era possível encontrar decisões nas quais se fazia menção ao princípio do contraditório aplicado em sua vertente dinâmica, não apenas como direito de manifestação no processo, mas como “o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar [...] que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas”¹⁷⁸. Não havia, no entanto, precedente seguro sobre a proteção contra a decisão-surpresa.

Conforme expusemos acima, a concepção do princípio do contraditório como direito de participação e de influência, e, em última análise, como direito à não surpresa, encontra-se no âmbito de expansão possível do seu conteúdo, mas fora do seu núcleo essencial. Isso significa que a regra que veda a prolação da chamada decisão-surpresa não se extrai direta e imediatamente do princípio do contraditório, mas depende da definição deste sentido por meio da deliberação democrática, que definirá o sentido a ser atribuído ao princípio dentre os vários possíveis.

É compreensível e esperado que a doutrina se adiante ao legislador nessa definição, inclusive servindo-lhe de guia na tarefa de equacionar a aplicação dos princípios de forma particularizada aos fatos da vida social, por meio da criação de regras. Como se viu, muito antes do advento do atual Código de Processo Civil, boa parte da doutrina processualista já vislumbrava no princípio do contraditório outros conteúdos além daqueles que se extraem de seu núcleo, acima identificados com o contraditório em sua concepção estática.

¹⁷⁷ Se extrai da ementa: “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” (Apelação Cível n. 70039049531, Quarta Câmara Cível, relatada pelo desembargador José Luiz Reis de Azambuja, julgada em 4.4.2012).

No mesmo sentido, ainda: “Fundamento adotado pelo magistrado para embasar a procedência da demanda não suscitado anteriormente no processo. Decisão surpresa. Procedimento inadequado à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Desconstituição da sentença” (Apelação Cível n. 70051242725, relatada pela Desembargadora Judith dos Santos Monttecy e julgada em 8.11.2012).

¹⁷⁸ Mandado de Segurança n. 24.268/MG, Pleno, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e julgado em 5.2.2004. DJ 17.9.2004, p. 53.

É inegável, no entanto, a constatação de que, apesar das manifestações doutrinárias, a regra de vedação às decisões-surpresa não se aplicava à realidade processual brasileira anteriormente ao advento do atual Código de Processo Civil; ou seja, apesar de ser uma das possíveis aplicações do princípio do contraditório, ela dependia de definição anterior por meio do processo legislativo.

Dessa forma, inobstante a possibilidade teórica de extração da mesma regra a partir do princípio constitucional do contraditório, a disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil é novidade no cenário processual brasileiro. A forma de sua aplicação, o seu alcance e as exceções à regra são os temas explorados a seguir.

4.2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Para a definição do âmbito de aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil, é necessário identificar as hipóteses em que o juiz pode decidir com base na introdução de fundamento novo, alheio àqueles objeto de debate, e, a partir dessa identificação, analisar em que casos a concessão de oportunidade de manifestação prévia das partes se justifique à luz da regra legal.

Numa tentativa de sistematização, identificam-se 4 (quatro) ordens de fundamentos que poderiam se enquadrar na disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil (ou seja, que podem embasar uma decisão judicial de forma inovadora): (i) questões de direito processual cognoscíveis de ofício pelo juiz; (ii) questões de direito material cognoscíveis de ofício pelo juiz; (iii) nova qualificação jurídica dos fatos afirmados pelas partes ou dos efeitos jurídicos que tais fatos são capazes de produzir à luz do ordenamento, em aplicação da regra *iura novit curia*; e (iv) “fatos simples” (ou “secundários”) que não constam da descrição dos fatos realizada inicialmente pela parte autora ou em contestação pela parte ré, mas que emergem das provas produzidas nos autos.

A aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil a cada uma das hipóteses acima apontadas deverá ser analisada por meio de processo de interpretação do texto legal, utilizando-se de regras hermenêuticas e, neste esforço, considerando-se a influência dos princípios constitucionais albergados pelo processo civil.

Não se admite que qualquer análise de adequação da regra seja feita com base unicamente em conceitos abstratos e fundamentos ideológicos. O processo civil não deve perder a sua estreita ligação com a realidade com que trabalha cotidianamente, sob pena de se afastar de suas missões institucionais e deixar de cumprir seus escopos.

Este trabalho propõe-se, nesta seara, a realizar uma análise objetiva acerca da aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil às hipóteses acima identificadas, recorrendo para tanto a técnicas hermenêuticas para a verificação da adequação, ou não, de sua aplicação.

4.3 TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS-REGRAS: HIPÓTESE DO ARTIGO 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As normas jurídicas não se confundem com os textos legais ou com o conjunto deles, mas consistem nos sentidos construídos a partir da interpretação dos textos normativos; ou seja, as normas são o resultado da interpretação dos dispositivos. Pode-se dizer que somente se cria uma norma jurídica “onde houve uma interpretação que a possibilitou”¹⁷⁹.

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão definiu a interpretação como “a atividade que nos permite, a partir da fonte, chegar à regra que ela alberga”¹⁸⁰.

Interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. É explicar, esclarecer, dar ao vocábulo o seu verdadeiro significado, extrair da norma tudo o que ela contém, revelando o seu sentido apropriado para a vida real.

A busca pelo melhor sentido a ser extraído do texto da norma requer laboriosa pesquisa e paciente dedicação. Não é possível recorrer a conclusões simplistas ou a

¹⁷⁹ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 106.

¹⁸⁰ ASCENSÃO, 2001, p. 394. Eros Roberto Grau define a interpretação como “meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual buscamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38)

argumentações rasas neste desiderato, sendo pertinente a recomendação feita por Rodolfo Luis Vigo: “Por isso, aos espíritos que não estão dispostos ao fatigante e lento percurso que supõe a descoberta da melhor solução ao problema em estudo, pode-se dizer que não se lhes aconselha a interpretação jurídica”¹⁸¹.

Note-se que, como descrevemos, entre as características das normas-regra, verifica-se uma maior especificação da conduta necessária para o seu cumprimento adequado, o que redundaria, normalmente, na desnecessidade de aplicação de um processo de racionalização mais sofisticado ou complexo. Outrossim, apontamos que as regras são aplicáveis sob a forma de “tudo ou nada”.

Devemos considerar, no entanto, que existem regras mais ou menos vagas ou ambíguas, em função das quais a conduta adequada ou a consequência jurídica necessária podem não ser imediatamente determinadas. A afirmação segundo a qual as regras são aplicadas no modo “tudo ou nada” só tem sentido quando todas as questões relacionadas ao sentido e à subsunção final dos fatos estiverem superadas¹⁸². Ou seja, a implementação da consequência jurídica predeterminada pela regra somente pode surgir após a sua interpretação, a qual demanda um processo prévio, que pode ser longo e complexo, a exemplo do que ocorre com os princípios.

O legislador, ao criar os textos normativos, utiliza-se de palavras, signos linguísticos que têm por função expressar o sentido “daquilo que deve ser”. Ocorre que a linguagem, como obra humana que é, carrega deficiências e fraquezas, não havendo meios de se determinar com precisão matemática o alcance de um texto. Tércio Sampaio de Ferraz Jr. explica que “uma língua admite usos diversos para os símbolos” e que “a maioria dos símbolos da língua natural é semanticamente vaga e ambígua”¹⁸³. Diante desta realidade, Carlos Maximiliano afirmou que “talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem”¹⁸⁴.

¹⁸¹ VIGO, 2010, p. 109.

¹⁸² ÁVILA, 1999, p. 161.

¹⁸³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 224.

¹⁸⁴ “Talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem. Como esta, é usada milhares de vezes inconscientemente, por aqueles que não conhecem os seus preceitos, a sua estrutura orgânica. A dificuldade para a teoria reside no estofa, na matéria, no objeto do estudo; bem como em número ilimitado nos meios auxiliares e na multiplicidade das aplicações.

Segundo Humberto B. Ávila, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto; o intérprete não atribui aos termos legais “o” significado correto, mas constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado¹⁸⁵.

A constatação de que o significado é construído pelo intérprete, entretanto, não deve levar à conclusão de que inexistam significados prévios à atividade interpretativa. Há núcleos de sentido nas expressões linguísticas e, conseqüentemente, nos textos normativos, que devem ser respeitados a fim de se alcançar o verdadeiro significado da norma. O trabalho do intérprete consiste na reconstrução do sentido do texto normativo, utilizando como ponto de partida os textos normativos e tendo por balizas os limites impostos pela linguagem à construção de sentido¹⁸⁶.

A doutrina costuma classificar as técnicas de interpretação (ou “processos”, conforme Carlos Maximiliano¹⁸⁷), com alguma diferença de termos, em métodos gramatical (literal ou semântico), lógico, sistemático, histórico e teleológico.

Importante destacar que as diversas técnicas de interpretação não operam isoladamente, não se excluem reciprocamente, mas, antes, se completam. Inexiste hierarquia entre as diferentes técnicas de interpretação, as quais devem atuar conjuntamente para contribuir para a descoberta do sentido e do alcance da norma. Como afirma Maria Helena Diniz, “o ato interpretativo é complexo; há um sincretismo de processos interpretativos

Há desproporção entre a norma, legislativa ou consuetudinária, e o Direito propriamente dito, cuja natureza complexa não pode ser esgotada por uma regra abstrata. Cabe ao exegeta recompor o conjunto orgânico, do qual a lei oferece apenas uma das faces. A interpretação colima a clareza; porém, não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 10-11). Tércio Sampaio Ferraz Jr. também esclarece as dificuldades ao intérprete trazidas pela imprecisão da linguagem: “Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto *onomasiológico* da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto *semasiológico*, isto é, sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Esse sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo, por isso, passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos” (FERRAZ JR., 2008, p. 220).

¹⁸⁵ ÁVILA, 2015, p. 51-52.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 53.

¹⁸⁷ MAXIMILIANO, 2018, p. 97.

conducente à descoberta das várias possibilidades de aplicação da norma, ao determinar seu alcance e sentido”¹⁸⁸.

4.3.1 MÉTODOS GRAMATICAL E LÓGICO DE INTERPRETAÇÃO

O primeiro esforço de quem pretende extrair o significado do texto normativo orienta-se no sentido de entender a linguagem empregada¹⁸⁹. Por meio da técnica gramatical, que se fundamenta sobre as regras da gramática e da linguística, o intérprete examinará cada termo do texto normativo, procurando seus sentidos literais possíveis e marcando o limite da interpretação, decidindo por um dos diferentes sentidos admissíveis¹⁹⁰.

A tarefa pode se mostrar árdua e precária, sobretudo quando o legislador não se mostra zeloso em sua linguagem e emprega as palavras em mais de uma de suas acepções.

Dentre os preceitos orientadores da técnica gramatical de interpretação, deve-se observar que a mesma palavra pode conter mais de um sentido ou, ainda, diversos vocábulos podem apresentar o mesmo significado¹⁹¹; assim, a interpretação puramente verbal resulta ora mais ora menos do que se pretendeu exprimir. Convém, dessa forma, examinar o vocábulo em conjunto ou em conexão com outros, e indagar o seu significado em mais de um trecho da mesma lei¹⁹².

A técnica da interpretação gramatical é normalmente vinculada a questões léxicas relativas à significação das palavras utilizadas pelo legislador e das suas conexões com os demais termos (substantivos, adjetivos, pronomes) utilizados na sentença. Já a técnica

¹⁸⁸ DINIZ, 2013, p. 461. No mesmo sentido, Carlos Maximiliano afirma que “a interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários processos” (MAXIMILIANO, 2018, p. 97).

¹⁸⁹ Nas palavras de R. Limongi França, “o ponto de partida da interpretação será sempre a exegese pura e simples da lei”. (FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 8. ed. atual. São Paulo: RT, 2008. p. 39)

¹⁹⁰ DINIZ, 2013, p. 458.

¹⁹¹ “A plurivocidade é uma nota característica da comunicação humana, defluindo das palavras inúmeros significados. Dentre os sentidos possíveis do texto jurídico, o intérprete haverá de eleger a significação normativa mais adequada para as peculiaridades fáticas e valorativas de uma dada situação social”. (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20)

¹⁹² MAXIMILIANO, 2018, p. 100.

denominada interpretação lógica trata de inconsistências do texto normativo e da conexão de uma expressão normativa com as demais utilizadas no mesmo contexto¹⁹³.

Há inconsistências quando o mesmo texto legal se utiliza de um termo em normas distintas e com consequências diferentes. A interpretação lógica lida com as palavras da lei na forma de *conceitos*¹⁹⁴ e também tem por finalidade a definição correta da significação dos termos utilizados nos textos normativos: enquanto a técnica gramatical lida especificamente com a questão léxica, a técnica lógica expande a sua investigação para comparar os conceitos utilizados pelo texto legal com os demais utilizados no mesmo contexto, evitando-se incongruências lógicas.

Por meio das técnicas gramatical e lógica, e voltando-se à redação do artigo 10 do Código de Processo Civil, insta questionar qual o preciso significado do termo “fundamento” utilizado pelo texto legal.

De acordo com a definição do dicionário, “fundamento” significa “*base, apoio principal*”; “*causa, motivo*”; “*explicação para fatos, acontecimentos etc.*”¹⁹⁵. Em termos leigos, o fundamento poderia ser definido como o motivo, a razão, ou a causa de o juiz haver decidido de determinada maneira.

O termo, analisado em moldes leigos, é notadamente vago e abrangente. Poderia albergar tanto os elementos presentes na fundamentação da decisão (conforme rol não exaustivo do artigo 489, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil), como outros tantos motivos, razões ou causas que certamente não devem integrar o conceito de “fundamento” para as finalidades do artigo 10 do Código de Processo Civil.

Veja-se, por exemplo, que a desnecessidade de produção de outras provas ou a revelia do réu (artigo 355, I e II, do Código de Processo Civil) podem ser apontadas como

¹⁹³ José de Oliveira Ascensão entende não ser possível cindir a chamada interpretação gramatical da interpretação lógica, dizendo que esta última não se separa da análise do texto legal. O autor explica que o elemento gramatical da interpretação resume-se à letra da lei e ao seu sentido intrínseco, enquanto os elementos lógicos são todos os restantes aspectos a que se pode recorrer para determinar o sentido do texto. Segundo o autor “a apreensão do sentido literal é necessariamente acompanhada de uma elaboração intelectual mais ampla” (ASCENSÃO, 2001, p. 420).

¹⁹⁴ FERRAZ JR., 2008, p. 253.

¹⁹⁵ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Pequeno dicionário Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2015. p. 474. São arrolados entre os sinônimos de “fundamento” para a língua portuguesa: alicerce; explicação; princípio; prova; razão; e regra. (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**. São Paulo: Publifolha, 2013. p. 371).

razões ou motivos para a prolação da sentença; outrossim, pode-se afirmar que existem razões, motivos ou causas para a decisão do juiz que não se materializam por meio da fundamentação, como suas inclinações ideológicas ou religiosas ou a situação histórica e a consciência social de determinado tempo¹⁹⁶.

Diante da sua ambiguidade e abrangência, não é possível extrair de forma precisa o sentido do termo “fundamento” a partir unicamente de seu significado em língua portuguesa. Será necessário passar da interpretação gramatical à interpretação lógica, a fim de tratar do termo utilizado pela lei como um *conceito*, tentando extrair seu significado das demais disposições do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil, no entanto, não se utiliza do termo “fundamento” em um sentido unívoco. Analisando-se as disposições do diploma legal que repetem o termo, verifica-se que é empregado em acepções diversas: como fundamento legal (artigos 203, § 1º, 623, 927, § 1º, 966, § 5º, 1.030, §§ 1º e 2º); como causa estritamente de fato (artigos 21, III, 395 e 504, II); como sinônimo de razoabilidade ou seriedade da postulação (artigo 77, II); como causa de pedir (artigos 146, 305, 309, 343, 525, § 5º, 702, § 3º, 917, § 4º, I e II, 968, § 6º, 984, § 2º, 1.013, § 2º); como causa de pedir próxima (artigo 319, III); como pressuposto para o início da fase de cumprimento de sentença (artigo 468, § 3º); como elemento da sentença, ou sinônimo de fundamentação (artigos 489, II, 932, III, 1.021, § 1º); como verossimilhança ou contexto geral do pleito em relação à possibilidade de acolhimento (artigos 525, §§ 6º e 9º, 919, § 4º); como conclusão da decisão, ou sua parte dispositiva (artigo 635, § 2º); como questões devolvidas à apreciação do órgão recursal (artigos 1.034, parágrafo único, 1.036); e como argumentos (artigo 1.038, § 3º).

Por tratar o artigo 10 do Código de Processo Civil de fundamento utilizado na decisão do juiz, mostra-se pertinente focar a análise lógica nas disposições do diploma legal

¹⁹⁶ Eros Roberto Grau afirma que a decisão judicial considera e é determinada não apenas pelas palavras da lei, pelos antecedentes judiciais, pela figura delitiva que se imputa, pelas interpretações realizadas pelo juiz e pelas partes em conflito e pelas regras procedimentais; segundo o autor, as decisões se determinam também “pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política”, concluindo que “a decisão judicial implica, inarredavelmente, emoção e volição, visto que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo” (GRAU, 2014, p. 72-73).

que tratam da fundamentação, ou seja, do elemento da decisão em que são analisadas “as questões de fato e de direito” (artigo 489, II)¹⁹⁷.

Nesse passo, o artigo 489, §§ 1º e 2º, traz uma série de análises a serem feitas pelo juiz na decisão e que devem ser compreendidas sob o conceito de fundamento: a explicação da relação do dispositivo legal com a causa em debate; a explicação do motivo concreto de incidência de conceito jurídico indeterminado à hipótese; o enfrentamento de todos os argumentos das partes que fossem capazes de infirmar a conclusão do julgador; a identificação dos fundamentos determinantes de precedentes ou enunciado de súmula e a demonstração de ajustamento entre a hipótese concreta e o precedente; a demonstração de existência de distinção entre enunciado de súmula ou precedente invocado pela parte e a hipótese concreta em análise ou a demonstração da superação do entendimento esposado nesses precedentes; a justificação do objeto e dos critérios utilizados em hipótese de ponderação.

Note-se que o artigo 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, não descreve de forma direta quais são os elementos compreendidos na fundamentação, mas aponta que “não se considera fundamentada” a decisão que deixar de atender a tais critérios. Ou seja, além das análises acima apontadas, o conceito de fundamentação abrange outras não descritas.

Denota-se que mesmo que reduzamos o âmbito de investigação das disposições do Código de Processo Civil àquelas que dizem respeito especificamente à fundamentação da decisão do juiz, ainda assim nos deparamos com um conceito assaz abrangente que não poderá ser transportado para se extrair o sentido exato da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil.

Note-se que, caso se empregasse a definição extraída do artigo 489 do Código de Processo Civil, exigiríamos do juiz a concessão de oportunidade de manifestação às partes sempre que simplesmente deixasse de aplicar um precedente ou uma súmula indicada nas

¹⁹⁷ A fundamentação pode ser conceituada como a “construção das bases lógicas da parte decisória da sentença, ou seja, de uma delicada e complexa operação, em que se procura fixar as premissas da conclusão, como resultado de afanosa perquirição e subsequente análise das principais alegações formuladas pelas partes e, bem assim, ‘do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis’ – tudo em prol da formação do convencimento do magistrado que, embora podendo dar-se livremente, não deve deixar de ser motivado”. (MACEDO, Silvío de. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Edição comemorativa do sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 39, p. 144-145)

manifestações; sempre que se referisse a um artigo de lei ou a um conceito jurídico indeterminado; sempre que rejeitasse qualquer argumento das partes; sempre que aplicasse um precedente judicial ou deixasse de aplicá-lo em razão de distinção ou superação do entendimento; sempre que realizasse ponderação entre princípios colidentes. Ou seja, qualquer decisão passaria a representar um verdadeiro procedimento dividido em diversos atos!

Percebe-se que as técnicas gramatical e lógica, apesar de úteis para balizar os limites à construção de sentido a ser feita pelo intérprete¹⁹⁸, não são suficientes para apontar de forma precisa o sentido do texto normativo. Será necessário expandir o esforço interpretativo por meio do recurso às demais técnicas de interpretação.

Nesse passo, analisemos a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil à luz da técnica de interpretação histórica.

4.3.2 MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETAÇÃO

O método histórico de interpretação baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma, referindo-se ao histórico do processo legislativo, sua justificativa ou exposição de motivos, e na verificação das circunstâncias fáticas que precederam a elaboração da norma e que lhe deram origem; ou seja, refere-se às “condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu (*occasio legis*)”¹⁹⁹. Essa investigação pode ser útil para a descoberta do sentido e alcance da norma.

Trabalha-se preponderantemente com 3 (três) elementos: os precedentes normativos, ou seja, as regras que vigoraram no passado e mesmo as regras que vigoravam

¹⁹⁸ Segundo Humberto B. Ávila, há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem que devem ser respeitados pelo intérprete como condições de uso da própria linguagem. Em suas palavras: “Há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos existentes na comunidade linguística geral. Heidegger menciona o enquanto hermenêutico: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da condição *a priori* intersubjetiva: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado” (ÁVILA, 2015, p. 52-53).

¹⁹⁹ DINIZ, 2013, p. 460.

em outros ordenamentos acerca da mesma matéria e que tiveram influência sobre a regra analisada; os trabalhos preparatórios, que, apesar de não deterem influência decisiva à luz das teorias objetivistas, podem lançar luz sobre algum ponto ainda obscuro do texto; e a *occasio legis*, como se designa todo o circunstancialismo social que rodeou o aparecimento da lei.

Deve-se considerar que a investigação da causa geradora e da causa final da lei conduz à descoberta do verdadeiro sentido e alcance da norma. Nas palavras de Carlos Maximiliano, “se o presente é simples desdobramento do passado, conhecer este parece indispensável para compreender aquele”²⁰⁰.

Nos capítulos antecedentes, fizemos uma análise da evolução do princípio do contraditório, para explicar quais os fundamentos históricos e doutrinários para a criação da regra que veda a prolação de decisão-surpresa. Tal análise demonstrou que o atual Código de Processo Civil se alinhou à concepção contemporânea do princípio do contraditório e a ele integrou outros conteúdos que extrapolam o que chamamos de contraditório estático.

A primeira conclusão que se extrai, a partir da técnica de interpretação história, é aquela já referida acima: a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil incorpora novos sentidos ao princípio do contraditório e acarreta a necessidade de o juiz também atender aos seus ditames.

O estudo acerca do *occasio legis*, no entanto, não nos concede elementos para determinar de forma precisa o alcance da nova disposição. Da mesma forma, a ausência de regra anterior no ordenamento brasileiro tratando da mesma hipótese impede a análise comparativa que poderia ser útil para a delimitação da abrangência do texto.

Entretanto, a exposição de motivos do Código de Processo Civil, quando faz referência à regra delineada pelo artigo 10 do Código de Processo Civil, limita a sua aplicação às situações em que o juiz esteja diante de “matéria de ordem pública”, afirmando que o juiz ainda assim deveria obediência ao princípio do contraditório²⁰¹.

²⁰⁰ MAXIMILIANO, 2018, p. 126.

²⁰¹ “Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório” (**Código de Processo Civil e normas**

A segunda orientação que se pode extrair, portanto, do método histórico de interpretação, é de que matérias de ordem pública conhecidas de ofício pelo juiz devem, em princípio, integrar o conceito do termo “fundamento” empregado pelo texto.

A confirmação desta segunda conclusão e a verificação da existência de outros sentidos para o termo “fundamento” utilizado pelo texto legal serão buscadas por meio do recurso às demais técnicas de interpretação.

4.3.3 MÉTODO SISTEMÁTICO DE INTERPRETAÇÃO

A técnica da interpretação sistemática diz respeito à compatibilidade da norma num todo estrutural, tendo por pressuposto a unidade do sistema jurídico do ordenamento. Não é possível que o resultado da interpretação de determinada norma conflite com consequências advindas da aplicação de outras normas do mesmo sistema normativo.

A técnica de interpretação sistemática consiste “em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”²⁰². Deve-se levar em consideração, no processo de interpretação, que o direito objetivo não é um “conglomerado caótico de preceitos”, mas um conjunto harmônico de normas coordenadas em interdependência metódica. Cada preceito é membro de um todo; o exame do preceito em conjunto com os demais traz luz para o intérprete²⁰³.

Por este filtro de análise, cumpre realizar uma verificação das demais disposições do Código de Processo Civil para perquirir se em hipóteses similares este diploma legal impõe regras procedimentais compatíveis com as conclusões que serão alcançadas a partir da interpretação do seu artigo 10.

correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 26. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2019.)

²⁰² MAXIMILIANO, 2018, p. 115.

²⁰³ Ibidem, 2018, p. 116. Em sentido análogo, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “a interpretação isolada de um texto legal oferece o risco de distorções, porque toda lei é parte de um contexto normativo e seu significado e dimensão consideram-se o resultado da interação entre todos os elementos da ordem jurídica positivada; daí a importância da *interpretação sistemática* [...]” (DINAMARCO, 2017, p. 168).

Como apontamos acima, 4 (quatro) ordens de fundamentos poderiam se enquadrar na disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil (questões de direito processual, questões de direito material, *iura novit curia* e fatos simples). De acordo com a técnica de interpretação sistemática, deve-se analisar o tratamento que o Código de Processo Civil concede em outras oportunidades a essas questões, a fim de estabelecer uma compatibilidade entre a melhor interpretação do artigo 10 para que esteja em harmonia com as demais disposições do diploma legal.

Essa análise detalhada será realizada nos itens a seguir, nos quais se explorará cada uma das hipóteses em que se vislumbra a possibilidade de aplicação da regra da vedação à decisão-surpresa.

4.3.4 MÉTODO TELEOLÓGICO DE INTERPRETAÇÃO

O método teleológico de interpretação procura determinar a finalidade, a *ratio* do preceito normativo, para, a partir dela, alcançar o seu sentido. Considera-se que toda prescrição legal detém um escopo e deverá ser interpretada “de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para o qual foi regida”²⁰⁴.

Importante que, ao lançar mão do método teleológico, o intérprete tenha em vista que a finalidade da prescrição legal não se confunde com a intenção do legislador; no esforço interpretativo, deve-se perscrutar a *mens legis*, e não a *mens legislatoris*.

De acordo com a teoria objetiva da interpretação jurídica, a interpretação deve se ater à vontade da lei, à *mens legis*, a qual detém um sentido objetivo que independe do querer subjetivo do legislador, porque, após o ato legislativo, a lei desliga-se do seu elaborador,

²⁰⁴ MAXIMILIANO, 2018, p. 139. Explica o mesmo autor, em outra passagem: “O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram. Fixa o alcance, a possibilidade prática; pois impera a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável, e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado e eficaz” (Ibidem, p. 139).

adquirindo existência objetiva²⁰⁵; Eros Roberto Grau afirma, neste sentido, que “o texto normativo costuma ser mais inteligente do que quem o escreveu”²⁰⁶.

O pressuposto e a regra básica do método teleológico de interpretação determinam que sempre é possível atribuir um propósito às normas. A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942)²⁰⁷ contém uma exigência teleológica em seu artigo 5º, ao dispor que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Os princípios assumem curial importância no esforço para se estabelecer objetivamente a finalidade de determinada norma, uma vez que, como exploramos acima, os princípios representam “a síntese dos valores albergados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”²⁰⁸.

Conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Jr., os princípios podem ser apontados “como fins iminentes da ordem jurídica e social e reguladores teleológicos da atividade interpretativa”²⁰⁹.

Concluimos que o princípio do contraditório, com seu conteúdo delimitado pela concepção dinâmica, é o principal fundamento para a criação da regra que veda a prolação de decisão-surpresa pelo juiz. Pode-se afirmar, portanto, que a finalidade primeira da norma legal é dar concretude ao princípio do contraditório.

²⁰⁵ DINIZ, 2013, p. 453. Ricardo Maurício Freire Soares explica sinteticamente a diferença entre as teorias subjetiva e objetiva da interpretação jurídica: “A corrente subjetivista pondera que o escopo da interpretação é estudar a vontade histórico-psicológica do legislador expressa na norma. A interpretação deve verificar, de modo retrospectivo, o pensamento do legislador estampado no modelo normativo. De outro lado, a vertente objetivista preconiza que, na interpretação do direito, deve ser vislumbrada a vontade da lei, que, enquanto sentido objetivo, independe do seu autor. O sentido incorporado no modelo normativo se apresentaria mais rico do que tudo o seu criador concebeu, porque suscetível de adaptação aos fatos e valores sociais”. (SOARES, 2010, p. 30-31). José de Oliveira Ascensão manifesta expressamente a sua adesão à teoria objetivista e afirma que esta é a orientação atualmente dominante. Segundo o autor, a lei somente tem validade após a sua integração na ordem social, uma vez que o seu sentido é condicionado pela repercussão que tem nessa ordem. Nas suas palavras, “esta integração da lei na ordem social importa o apagamento do legislador após o ato de criação normativa. Torna-se mais importante verificar qual o sentido que a fonte toma na ordem social que visa compor, do que o sentido pretendido pelo criador histórico” (ASCENSÃO, 2001, p. 414).

²⁰⁶ GRAU, 2014, p. 81.

²⁰⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:** versão 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 nov. 2019.

²⁰⁸ BARROSO, 2009, p. 329.

²⁰⁹ FERRAZ JR., 2008, p. 266.

Assim, o primeiro esforço da técnica teleológica será verificar em que medida a não aplicação da regra do artigo 10 deteria a capacidade de efetivamente surpreender as partes litigantes ou alijá-las da possibilidade de exercitar o contraditório, seja por trazer fundamento aos autos verdadeiramente novo ou inusitado, sobre o qual as partes não tiveram possibilidade de se manifestar anteriormente, seja por conduzir o julgamento a um resultado não esperado pelas partes.

Tal perspectiva teleológica permitirá a verificação da aplicação da regra do artigo 10 à luz das finalidades precípua do princípio do contraditório e das proteções que este concede às partes litigantes.

Ora, se o princípio do contraditório tem por função garantir a participação das partes no processo dialógico de construção da decisão, deve-se verificar em que hipóteses a não aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil efetivamente alijaria as partes dessa possibilidade de participação.

Ainda sob o viés da técnica teleológica, os demais princípios de ordem constitucional devem ser considerados e sopesados como balizas finalísticas de todo o ordenamento jurídico, de forma que não é possível interpretar a regra exclusivamente sob a influência do princípio do contraditório, desprezando-se os demais princípios que se mostrem em conflito dialético com aquele.

Assim, é necessário verificar a repercussão da aplicação (ou não) da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil em relação ao conjunto de princípios e garantias albergados pelo processo civil, e não exclusivamente ao contraditório, a fim de permitir a ponderação entre os interesses em disputa.

Para essa tarefa, a técnica da ponderação já explicitada será aplicada.

Tal análise se fará de forma pormenorizada no capítulo a seguir, que tratará da aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil a hipóteses específicas.

5 ANÁLISE DE HIPÓTESES CONCRETAS DE APLICAÇÃO DA REGRA DE VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA

5.1 QUESTÕES DE DIREITO PROCESSUAL COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO PELO JUIZ

Dentre as questões de natureza processual que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, pode-se diferenciar aquelas de ordem pública processual e aquelas que não se enquadram nesta categoria. Essa diferenciação se mostra decisiva em relação às conclusões que serão obtidas neste estudo acerca da aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil.

A ordem pública processual, segundo Ricardo de Carvalho Aprigliano, é “o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade”²¹⁰. As questões de ordem pública processual têm a finalidade de garantir o correto exercício da jurisdição, a qual é expressão do poder estatal e atende a interesses que extrapolam os interesses privados das partes em disputa²¹¹.

As matérias de ordem pública processual são cognoscíveis de ofício e podem ser conhecidas a qualquer tempo ou grau de jurisdição, sobre elas não se operando a preclusão (artigos 337, § 5º, 485, § 3º, do Código de Processo Civil). São basicamente divididas em 3 (três) categorias: (i) as condições da ação (artigo 337, XI, do Código de Processo Civil); (ii) os pressupostos processuais (artigos 64, § 1º, e 337, I, II, IV, V, VI, VII, IX, X, XII, do Código de Processo Civil); e (iii) as nulidades processuais (artigos 278, parágrafo único, 337, I, e 803, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

²¹⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 106.

²¹¹ Para Cândido Rangel Dinamarco, “são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes” (DINAMARCO, 2017, p. 138).

As matérias de ordem pública processual detêm necessariamente estas 3 (três) características: são cognoscíveis de ofício, não são atingidas pela preclusão e são passíveis de reconhecimento em qualquer tempo e grau de jurisdição. Como alerta Ricardo de Carvalho Aprigliano, “o fato de certas matérias apresentarem uma destas características não às equipara às efetivas questões de ordem pública”²¹².

No Código de Processo Civil, há diversas matérias passíveis de conhecimento de ofício pelo juiz e diversas situações em que o juiz deve agir de ofício, mas que não constituem matérias de ordem pública²¹³. São exemplos: a determinação para que se risquem as expressões ofensivas empregadas nos escritos apresentados (artigo 78, § 2º); a condenação da parte ao pagamento de multa por litigância de má-fé (artigo 81); a solicitação ou a admissão de *amicus curiae* (artigo 138); a correção do valor da causa (artigos 292, § 3º, e 337, III); a conexão (artigo 337, VIII); a determinação das provas necessárias ao julgamento do mérito (artigo 370); a correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo da sentença (artigo 494, I); a determinação das medidas necessárias à satisfação do exequente no cumprimento de sentença relativo às obrigações de fazer ou de não fazer (artigo 536); a remoção de inventariante (artigo 622); a ordem de entrega de documentos em execução (artigo 733).

Anote-se que o controle da regularidade do processo compete de modo soberano ao juiz, o qual deve apontar de ofício qualquer desconformidade. As normas processuais atuam sempre no interesse público existente em torno da solução mais rápida, justa e eficiente do litígio. Assim, conforme conclui Heitor Vitor Mendonça Sica, excluídas as matérias expressamente excepcionadas pelo Código de Processo Civil (artigo 337, § 5º), todas as demais matérias de natureza processual devem ser conhecidas de ofício pelo juiz²¹⁴.

No que diz respeito exclusivamente às matérias de ordem pública processual (condições da ação, pressupostos processuais e nulidades), deve-se concluir,

²¹² APRIGLIANO, 2011, p. 111.

²¹³ “O que se tem, portanto, é uma relação de continência, no sentido de que toda matéria de ordem pública pode ser conhecida de ofício, mas nem toda questão de ofício é questão de ordem pública” (Ibidem, p. 115).

²¹⁴ SICA, 2008, p. 73-74.

indubitavelmente, pela necessidade de observância da regra do artigo 10 quando do seu conhecimento de ofício pelo juiz²¹⁵.

Voltando às técnicas de interpretação acima apontadas, vimos que a exposição de motivos do Código de Processo Civil se refere expressamente a “matéria de ordem pública” ao tratar da aplicação da regra do artigo 10.

Confirmando essa indicação, utilizando-nos da técnica sistemática de interpretação, notamos que em situações similares o procedimento adotado pelo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 351, determina que a parte autora seja intimada para se manifestar sobre as matérias enumeradas no artigo 337 quando alegadas pelo réu em contestação.

Ou seja: sempre que o réu alegar em contestação quaisquer das matérias enumeradas nos incisos do artigo 337 do Código de Processo Civil (as quais tratam, na sua grande maioria, de matérias de ordem pública processual), o juiz deverá conceder ao autor a oportunidade de exercer o contraditório e de se manifestar especificamente.

As matérias enumeradas no artigo 337 do Código de Processo Civil podem ser conhecidas de ofício pelo juiz quase que na sua integralidade (excetuando-se a convenção de arbitragem e a incompetência relativa). Para se evitar, portanto, uma inconsistência no sistema processual civil instituído pelo diploma legal, quando essas matérias forem conhecidas de ofício pelo juiz, será necessária a concessão de oportunidade para as partes se manifestarem, da mesma forma que o sistema impõe quando as matérias forem trazidas aos autos pela parte adversa²¹⁶.

²¹⁵ Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma: “O exame de ofício das questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz conhecer das questões independentemente de provocação, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes” (BEDAQUE, 2002, p. 39).

²¹⁶ Muito embora não o faça sob a luz da técnica da interpretação sistemática, Vittorio Denti já afirmava que a exceção oposta pela parte não pode ter um tratamento diferente daquela trazida de ofício pelo juiz: “Dal punto di vista che qui interessa, non può esservi differenza nell’iniziativa circa la proposizione dell’eccezione: nel senso che il giudice, quando la solleva d’ufficio, si trova, rispetto all’esigenza del contraddittorio, nella stessa posizione della parte. [...] E se, quindi, non si può prescindere dal contraddittorio rispetto alle eccezioni delle parti (...), per analoghe ragioni non se ne può prescindere rispetto alle eccezioni sollevate d’ufficio” (DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. XXIII, II Serie,, p. 224, 1968)

Ou seja, por meio da técnica de interpretação sistemática, verifica-se a necessidade de observar a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil, quando se estiver diante de questão de ordem pública processual, sob pena de criar uma incongruência no sistema instituído pelo diploma legal.

Sob o ponto de vista teleológico, a mesma conclusão será alcançada em relação às matérias de ordem pública processual.

Neste específico, cumpre verificar, primeiramente, em que medida a não aplicação da regra do artigo 10 poderia surpreender as partes litigantes ou alijá-las da possibilidade de participar e de efetivamente exercer o contraditório. Outrossim, é sob esta perspectiva que será aplicada a técnica da ponderação, analisando o grau de importância do cumprimento do princípio do contraditório na hipótese concreta e comparando com o grau de comprometimento dos demais princípios conflitantes.

A maioria das questões de ordem pública processual, ao serem expostas no processo pelo juiz, têm o condão de trazer à demanda uma solução absolutamente inusitada e diferente do desfecho esperado para o processo. São exemplos a extinção do processo sem resolução de mérito pelo reconhecimento da inépcia da petição inicial, da perempção, da litispendência, da coisa julgada, da incapacidade de parte ou do defeito de representação, da ilegitimidade de parte ou da ausência de interesse processual. Em todos esses casos, as partes se submetem a uma solução sensivelmente diferente daquela que esperavam e perseguiram no processo.

Para se utilizar da expressão do Supremo Tribunal de Justiça português, o juiz, nessas hipóteses, “envereda por uma solução que os sujeitos processuais não quiseram submeter ao seu juízo”²¹⁷, uma vez que o resultado do julgamento difere daquele perseguido e esperado pelas partes (as quais pretendiam e esperavam a solução de mérito da controvérsia).

Há obviamente situação de surpresa às partes, de modo que a solução inusitada dada ao processo pelo juiz as alija da participação na construção da decisão.

²¹⁷ Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo n. 2005/03.0TVLSB.L1.S1, proferido em 27.9.2011.

Nas hipóteses apontadas anteriormente, pode-se identificar um alto grau de importância no cumprimento do princípio do contraditório, na medida em que as partes não participaram em absoluto da construção da decisão final do processo e foram por ela surpreendidas, alcançando o processo um desfecho não imaginado por elas.

Diante do grau de importância do cumprimento do princípio do contraditório, o exercício de ponderação entre os princípios em conflito, especialmente o contraditório e a celeridade, redundará na prevalência do princípio do contraditório, o qual não poderá ceder na hipótese concreta à necessidade de conceder maior celeridade à solução do litígio.

Há, ainda, 3 (três) matérias de ordem pública previstas nos incisos do artigo 337 do Código de Processo Civil cujo reconhecimento pelo juiz não redundará na extinção do processo, mas trará efeitos relevantes ao desenrolar do procedimento. Trata-se do reconhecimento da inexistência ou da nulidade da citação, do reconhecimento da incorreção do valor da causa e do reconhecimento da incompetência absoluta.

Quando analisamos estas questões do ponto de vista teleológico, muito embora esteja presente hipótese de efetiva surpresa às partes, nota-se que há claramente um menor grau de importância no cumprimento do princípio do contraditório, na medida em que, diferentemente das demais matérias de ordem pública acima apontadas, estas não determinam um desfecho no processo diferente daquele previsto e esperado pelas partes.

Não se trata de questões “decisivas”, para se utilizar da expressão de Vittorio Denti ao se referir àquelas questões de cuja solução o juiz deduza imediatamente a decisão do pedido. Em trabalho dedicado às questões reveláveis de ofício e sua relação com o contraditório, este autor afirmou que a necessidade de o juiz provocar a manifestação prévia das partes, quando diante de uma questão prejudicial cognoscível de ofício, somente seria exigível se, da solução da questão, o juiz deduzir imediatamente a decisão do pedido, constituindo a própria *ratio decidendi*²¹⁸.

Apesar de não serem “decisivos”, uma vez que não têm a capacidade de determinar a solução da demanda, o reconhecimento da inexistência ou da nulidade da citação, o reconhecimento da incorreção do valor da causa e o reconhecimento da incompetência

²¹⁸ DENTI, 1968, p. 217-231.

absoluta acarretam clara e sensível modificação do curso processual, com efeitos potencialmente prejudiciais aos interesses das partes.

Muito embora esses efeitos não possam ser equiparados à extinção do processo sem resolução de mérito, ainda assim pode ser apontado um grau, se não elevado, ao menos mediano de importância no cumprimento do princípio do contraditório, tendo em vista os efeitos potenciais aos interesses das partes, devendo este prevalecer em relação aos demais princípios em conflito.

Ou seja, em relação ao reconhecimento da inexistência ou nulidade de citação, ao reconhecimento da incorreção do valor da causa e ao reconhecimento da incompetência absoluta, a exemplo do que ocorre com as demais matérias processuais de ordem pública, é também necessária a observância da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil, de forma que ao juiz é vedado decidir de ofício sem a concessão de oportunidade prévia para as partes se manifestarem²¹⁹.

Já em relação às questões de ordem processual cognoscíveis de ofício pelo juiz, mas que não representem matérias de ordem pública, a conclusão deve ser diversa, exceção feita à condenação da parte ao pagamento de multa pela litigância de má-fé, hipótese que será explorada posteriormente.

Sob a ótica da técnica da interpretação sistemática, somente aquelas matérias de natureza processual previstas no rol do artigo 337 determinam a manifestação da parte autora quando trazidas em contestação. Neste rol, apenas a conexão pode ser conhecida de ofício e não é matéria de ordem pública; em relação a todas as demais matérias cognoscíveis de ofício e que não sejam classificadas como de ordem pública, portanto, inexistente incongruência sistemática na conclusão pela não aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil.

²¹⁹ O entendimento ora manifestado diverge daquele alcançado por magistrados brasileiros durante o seminário O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil, realizado com centenas de magistrados de todo o território nacional pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), que aprovou enunciados para orientar a magistratura nacional na aplicação do Código de Processo Civil. O quarto destes enunciados diz respeito ao artigo 10 e sua não aplicação em relação à decisão que reconhece a incompetência absoluta do juízo: “Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015” (Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019).

Obviamente, em relação à conexão, a conclusão pela não aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil gera uma incongruência sistemática, à luz da disposição clara do artigo 351 do mesmo diploma. Como ressaltamos, no entanto, nenhuma das técnicas de interpretação é absoluta, devendo todas atuar conjuntamente para contribuir para a descoberta do sentido e do alcance da norma.

Sob o ponto de vista teleológico, ou seja, analisando-se a questão sob a ótica de cumprimento das finalidades do princípio do contraditório e dos demais princípios aplicáveis ao processo civil, confirma-se a desnecessidade de aplicação da regra da vedação à decisão-surpresa.

Nenhuma dessas questões, muito embora cognoscíveis pelo juiz de ofício, tem o condão de submeter as partes a uma situação processual definitiva ou de decidir os pedidos de forma inusitada ou diferente do quanto esperado por elas; não conduzem, ademais, à modificação sensível do curso do processo, de forma que essas hipóteses não parecem necessitar de cuidado extremado em relação ao contraditório.

Trata-se de meros atos de condução regular do processo, que não submetem as partes a situação inusitada e, por isso, não têm o condão de efetivamente surpreendê-las. É extremamente baixo, portanto, o grau de importância no cumprimento do princípio do contraditório, tendo em vista especialmente a ausência de efeitos potenciais relevantes aos interesses das partes.

A análise teleológica demonstra que a aplicação da regra da vedação à decisão-surpresa à hipótese das questões processuais que não se enquadrem no conceito de questões de ordem pública processual não é estritamente necessária para que sejam alcançadas as finalidades da norma legal.

Ademais, a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil nessas hipóteses, que tratam de atos de mera condução regular do processo pelo magistrado, fere de forma mais acentuada o princípio da celeridade, uma vez que são diversas as hipóteses previstas em lei em que o juiz pode agir de ofício, todas tratando de questões procedimentais, não incidentes diretamente sobre o objeto do processo.

A aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil, com a imposição da necessidade de se conceder oportunidade de manifestação a cada vez que o juiz resolva

uma questão procedimental de somenos importância, importa em desnecessário entrave ao andamento processual e na abertura de possibilidades para o exercício da chicana processual, havendo, ao menos, um grau mediano de comprometimento do princípio da celeridade.

Note-se que a celeridade processual é prejudicada seja pela simples necessidade de concessão de prazo para que as partes se manifestem, a qual pode ser multiplicada em razão da atuação maliciosa das partes, seja pela possibilidade de se plantarem nulidades processuais em razão do descumprimento da regra, trazendo instabilidade à função jurisdicional.

Neste último sentido, o princípio da segurança jurídica reforça os fundamentos para a conclusão ora alcançada. Conforme afirmamos, a segurança jurídica impõe a adoção, pelo Poder Judiciário, de critérios de razoabilidade em relação à concretização das garantias do *due process of law*, garantindo-se a celeridade na tramitação de processos e na solução do litígio.

A segurança jurídica impõe a adoção de técnicas para garantir a estabilidade das decisões judiciais, de modo que estaria comprometida, caso as decisões estivessem a todo momento sob o risco de ceder a nulidades que, na hipótese ora tratada, não se fundariam em critérios razoáveis.

Por todos esses argumentos, utilizando-se conjuntamente as técnicas de interpretação histórica, sistemática e teleológica, conclui-se que as questões processuais cognoscíveis de ofício pelo juiz, mas que não se classifiquem como questões de ordem pública, não devem integrar o conceito de “fundamento” para fins de aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil, não atraindo, portanto, a aplicação desse dispositivo legal²²⁰.

Unicamente em relação à condenação da parte ao pagamento de multa pela litigância de má-fé, nos termos dos artigos 80 e 81 do Código de Processo Civil, a conclusão deve ser diversa.

²²⁰ Welder Queiroz dos Santos, muito embora não estenda a sua conclusão expressamente a todas as questões processuais cognoscíveis de ofício que não sejam classificadas como de ordem pública, manifesta entendimento similar: “Como as matérias acima elencadas são atos de condução regular do processo, não é necessária a submissão ao prévio contraditório. O pronunciamento judicial não afeta o mérito do processo” (SANTOS, 2018, p. 128).

Trata-se de questão de ordem processual cognoscível de ofício por força de expressa disposição do artigo 81 do Código de Processo Civil, a qual, no entanto, não representa matéria de ordem pública. Todas as análises que se fizeram acima, sob a luz das técnicas de interpretação histórica e sistemática, apontariam para a desnecessidade de observância da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil.

Ocorre que a aplicação de multa pela litigância de má-fé representa imposição de penalidade à parte pela prática de um ato ilícito²²¹. Trata-se de capítulo da decisão que em nada se confunde com o objeto principal do processo, atendendo a fundamentos da mesma forma absolutamente distintos daqueles que subjazem à postulação principal.

A necessidade de observância do devido processo legal e do procedimento em contraditório anteriormente à aplicação de uma penalidade aos jurisdicionados se extrai dos princípios constitucionais e, especialmente, do princípio do contraditório, mesmo em sua concepção estática: ou seja, independentemente da disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil, a necessidade de observância do procedimento em contraditório advém da aplicação do artigo 9º do mesmo diploma²²².

Note-se: ao conhecer de ofício a litigância de má-fé, o juiz não julga um pedido formulado pelas partes utilizando-se de um fundamento diverso; em verdade, o juiz julga uma postulação diversa, consistente na condenação de uma das partes ao pagamento de multa pela prática de um ilícito. Não se trata de “fundamento” novo, mas de verdadeiro objeto (ou postulação) distinto.

²²¹ Para uma análise mais aprofundada sobre a natureza das condutas que ensejam a imposição da penalidade, ver: GOUVEIA, Lúcio Grassi. Direito material, processo e ilicitude: breve análise da litigância de má-fé no sistema jurídico processual brasileiro. In: SILVA Neto, Francisco Antônio de Barros e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; COSTA Filho, Venceslau Tavares (coord.). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual**: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 235-254.

²²² Antes do advento do atual Código de Processo Civil, Gelson Amaro de Souza já extraía da Constituição Federal a necessidade de observância de um procedimento em contraditório na hipótese de imposição das penas pela litigância de má-fé: “A CF, sempre que refere à punição (aplicação da pena), qualquer que seja a sua natureza, penal, civil ou administrativa, exige procedimento formal, com ampla defesa, contraditório e, ainda, o que se chamou *devido processo legal*”; em outro trecho, no mesmo sentido: “Diante do nosso sistema constitucional que assegura o devido procedimento legal, o contraditório e o direito de defesa, não se vê como afastar deste ensinamento. Em qualquer etapa do processo ou do procedimento a parte precisa ser antes informada da imputação, com oportunidade de defesa, para, somente depois, o juiz decidir”. (SOUZA, Gelson Amaro de. **Litigância de má-fé e o direito de defesa**. 2011. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/litigancia-de-ma-fe-e-o-direito-de-defesa>>. Acesso em: 27 out. 2019.

Ademais, a aplicação de sanção processual pela litigância de má-fé interfere de forma grave sobre a esfera jurídica da parte em caráter definitivo, representando verdadeira tutela jurisdicional de natureza condenatória e inaugurando um novo capítulo de sentença, com características autônomas.

Sob o viés teleológico, as finalidades da disposição legal restariam comprometidas caso se permitisse a imposição de sanção autônoma à parte sem a possibilidade de sua participação mediante a concessão de oportunidade para se manifestar especificamente sobre o “fundamento” inovador alvitado pelo magistrado.

A importância do cumprimento do princípio do contraditório nesta hipótese é elevada, diante da natureza condenatória do pronunciamento judicial, o qual impacta de forma grave e direta na esfera jurídica da parte, e de sua definitividade. Trata-se de uma questão que poderia ser classificada como “decisiva”, conforme análise que se fez anteriormente baseada na opinião de Vittorio Denti, da qual o juiz extrai imediatamente a solução, se não da causa (considerando-se o objeto do processo), de um capítulo autônomo da sentença²²³.

Neste passo, não obstante não se tratar de questão de ordem pública, deve-se conceder a oportunidade à parte para que se manifeste anteriormente à imposição de sanção pela litigância de má-fé, aplicando-se a regra prevista no artigo 10 do Código de Processo Civil²²⁴.

5.2 QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO PELO JUIZ

Assim como afirmado acerca das questões processuais cognoscíveis de ofício pelo juiz, não há uma necessária correlação entre questões de direito material que podem ser

²²³ A experiência demonstra que o momento mais comum para a imposição das penas pela litigância de má-fé é o momento da prolação da sentença, muito embora seja possível a aplicação da penalidade em qualquer tempo.

²²⁴ Colhemos, neste mesmo sentido, manifestações de Welder Queiroz dos Santos (SANTOS, 2018, p. 169-173), de André Pagani de Souza (SOUZA, A. P., 2014, p. 188-189), e de Gelson Amaro de Souza (SOUZA, G. A., 2011, p. 380-395).

conhecidas de ofício e matérias de ordem pública. Existe, aqui também, uma relação de continência: toda matéria de ordem pública deve ser conhecida de ofício pelo juiz, mas nem toda matéria cognoscível de ofício representa matéria de ordem pública²²⁵.

Não é simples a identificação das questões de mérito que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, tal tarefa entra em “terreno espinhoso” e representa um problema “dos mais intrincados”²²⁶, não havendo um consenso doutrinário acerca da matéria²²⁷.

A observação prática demonstra que as matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz beneficiam, em sua maioria, a posição do réu no processo²²⁸ e, por esta razão, o debate doutrinário acerca das matérias que podem ou não ser conhecidas de ofício pelo juiz normalmente é centrado na diferenciação entre “exceção substancial” e “objeção substancial”²²⁹. No entanto, as matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz operam tanto em favor do réu como em favor do autor, indiferentemente.

²²⁵ A existência de “matérias de ordem pública” e de correlatas normas de “imperatividade absoluta” se motiva, segundo Goffredo Telles Junior, pela “convicção de que certas relações e certos estados da vida social não podem ser abandonados ao arbítrio individual, sob pena de possível prejuízo para a ordem vigente na sociedade” (TELLES JR., 2006, p. 154); são hipóteses em que “à vontade individual se sobrepõe, inderrogavelmente, a vontade geral, manifestada pelas normas de direito objetivo” (RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**: noções gerais, direito positivo, direito objetivo. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. v. 1, p. 181). Inexiste consenso acerca de quais matérias representam efetivamente matérias de ordem pública, sendo inclusive comum na doutrina referir-se às matérias que o juiz pode conhecer de ofício como “matérias de ordem pública”, indistintamente. Dentre as matérias de mérito cognoscíveis de ofício pelo juiz que não representam matérias de ordem pública, tendo em vista a característica de indisponibilidade necessária a estas últimas, pode-se apontar a prescrição e o pagamento (afirmando não se tratar a prescrição de matéria de ordem pública, muito embora cognoscível de ofício pelo juiz: APRIGLIANO, 2011, p. 122 e seguintes).

²²⁶ SICA, 2008, p. 130-131.

²²⁷ A constatação também foi feita por Ricardo de Carvalho Aprigliano: “[A]fora as afirmações absolutamente reiteradas, como a de que as nulidades absolutas, a decadência legal e o pagamento constituem objeções substanciais, não há mais nenhum consenso na doutrina sobre que outras matérias ou que outros elementos são utilizados para identificar as demais objeções, ou matérias de ordem pública no âmbito do direito material. A realidade das relações sociais e jurídicas e a complexidade do ordenamento positivo parecem reforçar a dificuldade em estabelecer um rol de matérias que possam ser assim enquadradas” (APRIGLIANO, 2011, p. 116).

²²⁸ Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, “o autor suscita matérias que lhe são favoráveis na demanda inicial, sobrando pouco espaço para que o juiz precise conhecer de outros pontos relativos à mesma pretensão. Diferentemente, o réu pode se omitir de responder à demanda do autor, sem que com isso haja qualquer prejuízo para o prosseguimento do processo, ganhando muito maior importância a análise *ex officio* de questões que deixaram de ser alegadas pelo réu, mas que podem afastar a demanda do autor”(SICA, 2008, p. 149-150).

²²⁹ Segundo conceituação mais difundida doutrinariamente, as defesas de mérito podem ser classificadas em defesas diretas (que incluem a negativa dos fatos constitutivos do direito do autor ou da consequência jurídica por ele propugnada) e em “defesas indiretas” (que consistem na oposição de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor). Ao apresentar defesa de mérito indireta, o réu agrega ao processo fatos novos que, supostamente, teriam o condão de impedir, modificar ou extinguir o direito afirmado pelo autor. As defesas indiretas de mérito podem, ainda, ser classificadas em “exceções substanciais”, aquelas que

Algumas matérias não deixam dúvidas quanto à possibilidade (ou não) de cognição de ofício pelo juiz, nos casos em que o direito positivo expressamente aponta a necessidade de atuação da parte (como nas hipóteses de anulabilidade dos negócios jurídicos²³⁰) ou quando a lei determina que o juiz aja de ofício (como nas hipóteses da prescrição, da decadência e das nulidades do negócio jurídico²³¹).

Há incerteza, no entanto, quando a lei se omite em relação à exigência de iniciativa da parte ou à possibilidade de atuação de ofício. Como explica Heitor Vitor Mendonça Sica, nesta hipótese, as opiniões doutrinárias distinguem-se em 3 (três) categorias básicas: (i) reconhecer a cognoscibilidade de ofício como regra para a hipótese de ausência de menção legal expressa; (ii) opostamente, reconhecer que o juiz somente está autorizado a conhecer de ofício matéria quando exista disposição legal expressa; ou (iii) verificar casuisticamente as hipóteses em que se considere imprescindível a iniciativa das partes ou em que se reconheça a possibilidade de atuação de ofício²³².

Foge aos limites do presente estudo a pretensão de apontar uma regra definitiva para a identificação das matérias de mérito que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz ou de estabelecer um rol de quais são estas matérias²³³.

Além da nulidade dos negócios jurídicos, da prescrição e da decadência, a doutrina reconhece com alguma tranquilidade, por exemplo, a possibilidade de o juiz conhecer de ofício a existência de pagamento de determinado crédito exigido por meio de demanda

não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz; e em “objeções substanciais”, as quais poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

²³⁰ Artigo 177 do Código Civil.

²³¹ Artigos 487, II, do Código de Processo Civil, 168, parágrafo único, e 210, do Código Civil.

²³² SICA, 2008, p. 97.

²³³ Para um estudo mais aprofundado sobre a matéria, ver: SICA, 2008, p. 98 e seguintes. Ressalte-se que a dúvida acerca de quais matérias de mérito podem ser conhecidas de ofício pelo juiz não é exclusiva da realidade processual brasileira. Jordi Nieva Fenoll explica que também existe “bastante confusão” sobre o tema em relação aos poderes de ofício dos juízes europeus (refere-se à Espanha, à Itália e à Alemanha). Segundo esclarece o autor, a tendência é que os juízes possam conhecer de ofício as matérias que constituem fatos impeditivos ou extintivos do direito afirmado pela contraparte, enquanto as matérias que constituem “fatos excludentes” demandariam manifestação expressa da parte. Dentre os fatos impeditivos, relaciona a incapacidade do agente, o defeito de forma do contrato, a vulneração de norma imperativa, a má-fé e o atentado à moral ou à ordem pública; dentre os fatos extintivos relaciona o pagamento ou o cumprimento da obrigação, a consignação, a compensação, a remissão, a rescisão, o cumprimento de uma condição resolutiva, a revogação de um direito e a anulação por dolo, erro ou coação; e dentre os fatos excludentes relaciona a prescrição, a exceção do contrato não cumprido e o direito de retenção. (FENOLL, Jordi Nieva. La actuación de oficio del juez nacional europeo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 43, v. 279, p. 433-435, Maio 2018.

judicial, independentemente da alegação pela parte²³⁴. Outras hipóteses de atuação de ofício em relação a matérias de mérito podem ser extraídas da doutrina e da jurisprudência, mas não serão objeto de análise apurada neste trabalho.

Importante esclarecer, sob outra perspectiva, que a possibilidade de o juiz conhecer de ofício determinadas matérias de mérito deve ser compatibilizada com os princípios processuais que atribuem às partes a delimitação do objeto litigioso submetido ao Poder Judiciário. O Código de Processo Civil expressamente determina que o juiz “resolverá o mérito, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes” (artigo 490) e veda ao magistrado “proferir decisão de natureza diversa da pedida” (artigo 492).

Segundo Ricardo de Carvalho Aprigliano, o conhecimento de ofício de determinada matéria de ordem pública dependerá de a discussão travada no âmbito do processo estar diretamente relacionada àquela questão de ordem pública. E conclui o mesmo autor: “O mero fato de um contrato ser objeto de demanda judicial não permite que toda e qualquer cláusula seja pronunciada como nula. Apenas as cláusulas que digam respeito diretamente ao objeto litigioso é que podem ter sua eventual nulidade reconhecida pelo juiz”²³⁵.

Sob o pretexto de conhecer de ofício matérias de ordem pública, como as nulidades, por exemplo, o juiz não pode alargar o objeto do processo e decidir sobre pedidos não formulados. Esclareça-se: o juiz não pode proferir sentença declaratória de nulidade de determinado negócio jurídico, quando formulado pela parte pedido de cobrança fundamentado naquele negócio; deverá o juiz, ao conhecer de ofício a nulidade, proferir sentença de improcedência, a qual terá por fundamento a nulidade reconhecida²³⁶.

Feitos os esclarecimentos introdutórios, em relação às questões de direito material cognoscíveis de ofício pelo juiz, a partir da aplicação das técnicas de interpretação, deve-se

²³⁴ APRIGLIANO, 2011, p. 115-116.

²³⁵ APRIGLIANO, 2011, p. 39.

²³⁶ Manifestando-se exatamente neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “Não obstante questões de ordem pública, como nulidades absolutas, possam ser conhecidas de ofício pelo julgador, inadmissível considerá-las para efeito de acolhimento de uma pretensão, se não integrarem os limites objetivos da demanda. Esta não comporta ampliação por iniciativa do juiz. É possível a rejeição do pedido fundado em contrato, se o juiz vislumbrar a existência de incapacidade absoluta de um dos contratantes, ainda que tal fundamento não seja invocado pelo réu. Mas não pode declarar nulo esse mesmo contrato, por incapacidade absoluta, em demanda versando sua anulabilidade por vício de vontade” (BEDAQUE, 2002, p. 47).

concluir pela absoluta necessidade de observância da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil.

No que diz respeito à técnica de interpretação histórica e às conclusões acima alcançadas a partir da análise da exposição de motivos do Código de Processo Civil, não é possível identificar como de ordem pública todas as matérias de mérito cognoscíveis de ofício pelo juiz. Pode-se dizer, no entanto, que a maior parte das matérias cognoscíveis de ofício será formada por matérias de ordem pública, sendo inclusive difícil fazer uma diferenciação casuística.

Lançando mão da técnica sistemática de interpretação, verifica-se que o Código de Processo Civil prevê expressamente a necessidade de conceder oportunidade de manifestação do autor quando o réu alegar em sua contestação “fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (artigo 350); ou seja, sempre que o réu trazer em sua contestação defesas indiretas de mérito, o autor terá a oportunidade de se manifestar sobre elas.

Como visto, as questões de direito material cognoscíveis de ofício pelo juiz confundem-se com as “objeções substanciais”, ou seja, com defesas indiretas de mérito formuladas pelo réu (são objeções substanciais a arguição de nulidade do negócio jurídico que lastreia a pretensão, o pagamento, a prescrição e a decadência, por exemplo).

Se é necessária concessão de oportunidade para que o autor se manifeste sobre essas matérias quando alegadas pelo réu em contestação, deve-se concluir pela necessidade de concessão da mesma oportunidade na hipótese de o juiz conhecer da matéria de ofício, sob pena de gerar uma incongruência no sistema processual.

Ainda sob o ponto de vista sistemático, corroborando a conclusão acima, o Código de Processo Civil expressamente previu a necessidade de observância da regra do seu artigo 10 na hipótese de o juiz conhecer de ofício a prescrição ou a decadência (artigo 487, parágrafo único).

Ou seja, todo o sistema procedimental construído pelo Código de Processo Civil determina que seja dada a oportunidade para a parte se manifestar sobre defesas indiretas apresentadas pela contraparte; dessa forma, determina a interpretação sistemática que a

mesma conclusão se alcance em relação às matérias de mesma natureza conhecidas de ofício pelo juiz.

Sob o viés teleológico, ou seja, analisando-se a questão sob o ponto de vista do cumprimento das finalidades pretendidas pela regra da vedação à decisão-surpresa, bem como considerando-se a influência dos princípios em disputa, conclui-se da mesma forma pela necessidade de aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil quando o juiz conhecer de ofício questão de direito material.

Pode-se afirmar, primeiramente, que é alto o grau de importância do cumprimento do princípio do contraditório nesta hipótese.

Com efeito, o conhecimento de ofício de questões de mérito traz ao processo um elemento absolutamente novo, e *decisivo*, para o seu desenlace, tendo em vista que se trata de questões de cuja solução o juiz deduz imediatamente a decisão do pedido e que constituem, portanto, a chamada *ratio decidendi*: pense-se, por exemplo, se o juiz considerar nulo o contrato sobre o qual se funda a demanda do autor, na hipótese de a questão da validade do contrato não haver integrado a demanda.

Anote-se que, quando o juiz reconhece a nulidade de um negócio jurídico de ofício, ou a prescrição da pretensão da parte autora, apesar de não fugir ao objeto do processo, o juiz constrói um caminho para a sua decisão claramente inusitado e não esperado pelas partes, conhecendo matérias que não necessariamente integraram a causa de pedir ou a defesa, fundamentando a sua decisão em questão de fato ou de direito que não foi objeto de debate entre as partes.

Pode-se afirmar, também, que o juiz conheceu matéria que as partes não quiseram submeter ao seu juízo.

Nestas hipóteses, as partes são submetidas a uma situação processual *definitiva* em decorrência de uma decisão que tem a capacidade concreta de *surpreender* e, conseqüentemente, de alijá-las de participarem da construção da decisão.

Veja-se que, em relação às matérias de mérito cognoscíveis de ofício pelo juiz, maior ainda é a preocupação com a garantia do contraditório, uma vez que uma sentença que reconheça a nulidade de negócio jurídico estará sujeita aos efeitos da coisa julgada. Especialmente a partir da substancial modificação acerca da amplitude da coisa julgada com

a redação do artigo 503, § 1º, do Código de Processo Civil²³⁷, que amplia a coisa julgada também às questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente no processo e de cuja resolução dependa o julgamento de mérito²³⁸.

Por outro lado, é baixo o grau de comprometimento do princípio da celeridade em razão desta conclusão. Isso porque são limitadas as matérias que possibilitam o conhecimento de ofício pelo juiz, não sendo provável que a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil nesta hipótese acarrete um aumento relevante dos atos processuais e impacte de forma sensível no tempo de tramitação dos feitos.

Desta forma, deve-se entender pela aplicação plena da previsão do artigo 10 do Código de Processo Civil na hipótese de o juiz conhecer de ofício matérias de mérito; nestes casos, o juiz não poderá decidir sem permitir às partes o exercício do contraditório em relação à matéria nova introduzida.

Ressalte-se que o artigo 487, parágrafo único, do Código de Processo Civil, expressamente previu a aplicação da regra do artigo 10 em relação ao reconhecimento da prescrição ou da decadência de ofício.

²³⁷ “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo se:

I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando em caso de revelia;

III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º. A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

²³⁸ Não se ignora que o Código de Processo Civil prevê expressamente que a coisa julgada somente abrange a questão prejudicial se “a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo”, o que em princípio afastaria o risco de haver coisa julgada sobre a matéria objeto da decisão-surpresa (“em princípio”, porque a existência da coisa julgada dependerá de análise por parte de outro magistrado, o qual poderia concluir que o exercício do contraditório em sua perspectiva estática é suficiente para cumprimento do requisito legal). De qualquer forma, a economia processual e o melhor aproveitamento dos atos judiciais determinam que se observe o contraditório, justamente para não haver risco de nova discussão futura acerca da mesma matéria decidida incidentalmente.

5.3 *IURA NOVIT CURIA*

A maior dificuldade na aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil parece estar relacionada à sua compatibilização com a regra *iura novit curia* e com a possibilidade de o juiz dar nova qualificação jurídica aos fatos afirmados pelas partes ou determinar os efeitos jurídicos que tais fatos são capazes de produzir à luz do ordenamento.

A teoria da substanciação é tranquilamente acatada pelo sistema processual brasileiro, com a consequência de que “somente a narrativa dos fatos concorre para delimitar o âmbito da tutela jurisdicional possível, sendo autorizado o juiz a dar aos fatos narrados qualificação jurídica diferente da proposta pelo autor”²³⁹.

A origem da contraposição entre individualização e substanciação vem do direito alemão, mas esta contraposição se restringia a um campo bastante limitado de questões. Citando Richard Schmidt, Adolf Wach e Friedrich Lent, Otávio Augusto Dal Molin Domit esclarece que as suas diferenças se centravam essencialmente no que tange a ações relativas a direitos reais (ou direitos absolutos em geral), controvertendo-se se tais demandas seriam especificadas e limitadas ao título aquisitivo deduzido em juízo ou a todo e qualquer título aquisitivo relativo ao mesmo direito real.

Assim, em relação a demandas que tratassem de direitos obrigacionais, a adoção de uma ou outra teoria não acarretaria consequências distintas²⁴⁰. A aplicação das teorias em âmbito mais amplo, abrangendo também a causa de pedir relativa a demandas que tratem de direitos obrigacionais, é obra da doutrina italiana do século XX, a qual influenciou sobremaneira o direito brasileiro.

²³⁹ DINAMARCO, 2017, p. 289. No mesmo sentido ensina José Joaquim Calmon de Passos, referindo-se à disposição do Código de Processo Civil revogado: “O art. 282, III, exigindo como requisito da inicial a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido, põe o nosso sistema entre os que reclamam a substanciação da causa de pedir, aliás como já o fazia o Código de 1939, dispondo em igual sentido no seu art. 158” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**. – 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. III, p. 160). E, ainda, José Rogério Cruz e Tucci: “A generalidade dos juristas brasileiros de ontem e de hoje afirma, à luz dos textos legais supracitados, que os Códigos de Processo Civil brasileiros adotaram os postulados da teoria da substanciação. Aliás, como anota Araken de Assis, ‘reina total harmonia, na doutrina brasileira, no reconhecimento da adesão do CPC à teoria da substanciação’”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 153).

²⁴⁰ DOMIT, 2016, p. 113-115.

Ainda nas palavras de Otávio Augusto Dal Molin Domit,

se na Alemanha do final do século XIX e início do século XX a contraposição entre substanciação e individualização restringiu-se à discussão sobre os elementos que formam a causa de pedir nas ações envolvendo direitos absolutos, a extensão deste debate a uma perspectiva geral sobre o conceito de causa de pedir – de modo a torná-la aplicável, embora com algumas variações, igualmente aos chamados direitos relativos – é obra sobretudo da doutrina italiana sucessiva a Chiovenda [...]. E foi com essa compreensão, mais próxima ao modo de percepção da doutrina italiana sobre o problema, que o debate entre individualização e substanciação repercutiu no Brasil.²⁴¹

Assim, à luz da doutrina processual brasileira, a teoria da substanciação determina que o “princípio da correlação” não se aplica no que diz respeito à interpretação dos fatos ou à qualificação jurídica atribuída aos fatos pelas partes. Pode o magistrado, sempre, atribuir outra interpretação ou qualificação livremente, não ficando vinculado àquela sugerida pela parte (*narra mihi factum dabo tibi ius; iura novit curia*)²⁴².

Dessa forma, às partes cabe o papel de aportar em juízo as alegações de fato da causa e ao julgador cumpre o encargo de escolher a melhor norma de direito aplicável aos fatos relatados, oferecendo a solução jurídica para a controvérsia²⁴³.

Há, assim, uma contraposição entre o princípio da demanda e a regra *iura novit curia*. Enquanto o primeiro representa o monopólio da parte para a apresentação dos fatos em juízo, a segunda significa um monopólio do juiz quanto ao enquadramento jurídico desses mesmos fatos. Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, “enquanto a alegação do fato é atribuição do litigante, o direito é apanágio do juiz!”²⁴⁴.

²⁴¹ DOMIT, 2016, p. 144.

²⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603.

²⁴³ DOMIT, 2016, p. 19.

²⁴⁴ CRUZ E TUCCI, 2009, p. 210. Explicando o sentido da expressão *iura novit curia*, Fritz Baur esclarece que ela teve seu entendimento alterado desde a sua origem: “A aplicação do adágio tem sido equívoca: na sua origem entendia-se, provavelmente, no sentido de que as normas jurídicas não precisam de prova, dado que o juiz deve conhecê-las. Mas, desde logo, foi o adágio interpretado como significativo de que a aplicação do direito é, exclusivamente, assunto atinente ao juiz no sentido de que as partes não estão obrigadas a subsumir os fatos, por elas invocados, às normas jurídicas, mais ou menos, no sentido do brocardo: *narra mihi factum, narro tibi ius*”. (BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. Trad. José Manoel Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 3, p. 169, 1976)

O juiz não está, portanto, vinculado às alegações jurídicas formuladas pelas partes durante o processo ou ao enquadramento jurídico dos fatos afirmados²⁴⁵, desde que se atenha aos fatos narrados e aos pedidos formulados, uma vez que continua vinculado ao princípio da demanda, que lhe impõe decidir nos limites dos pedidos formulados pelas partes (artigos 141, 490 e 492 do Código de Processo Civil).

Neste sentido, Giuseppe Chiovenda afirma que a ação é individualizada pelo fato, e não pela norma legal, consistindo mesmo em um dever do juiz examinar a demanda sob todo e qualquer aspecto jurídico, podendo suprir a argumentação jurídica da parte e não modificando, desta forma, o objeto do processo²⁴⁶.

Ainda na doutrina italiana, já se afirmou que a regra *iura novit curia* diz respeito à própria igualdade de tratamento entre os sujeitos, sendo necessária “come suprema garanzia di uguaglianza di trattamento fra i soggetti, che non solo il caso particolare, ma tutti i possibili casi particolari identici stanno decisi nello stesso modo, quindi com identica applicazione di diritto”²⁴⁷.

Deste modo, concluindo com José Rogério Cruz e Tucci,

o limite da liberdade do juiz encontra-se naqueles fatos que individualizam a pretensão e que constituem a causa petendi: nenhuma qualificação jurídica integra esta e, por via de consequência, nada obsta a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o agente do Poder Judiciário reputar adequadas.²⁴⁸

²⁴⁵ Colhemos também da doutrina espanhola esta conclusão: “Desde esse punto de vista, la manifestación más importante del aforismo *iura novit curia* en su vertiente de aportación de oficio del Derecho aplicable es la no vinculación del Juez a las alegaciones jurídicas de las partes, debido a que se presume que el órgano jurisdiccional conoce aquél” (GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 24).

²⁴⁶ No original: “Ciò che la regola ‘ne ultra petita’ vieta certamente al giudice è dunque la sostituzione di fatti costitutivi tali da individuare una nuova azione, a quelli fatti valere dalla parte. L’azione s’individua per il fatto e non per la norma di legge; se dunque uno stesso fatto cade sotto diverse norme, il mutamento del punto di vista giuridico, come è lecito alla parte rispetto alle sue precedenti domande, come non esclude la accezione di cosa giudicata, osè è permesso al giudice. È anzi dovere del giudice esaminare la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico (*narra mihi factum, narro tibi ius*). È quindi concordemente ritenuto che il giudice possa ‘nel campo del puro diritto’ supplire alle parti [...]. Se dunque l’attore argomenta da norme di legge inesistenti o mal apprese, il giudice applicherà tuttavia le norme del caso, purchè l’oggetto della domanda non sia modificato. [...] Così è se si tratti della diversa definizione giuridica di uno stesso fatto, quando le conseguenze non mutano” (CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 167).

²⁴⁷ SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 12. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 173.

²⁴⁸ CRUZ E TUCCI, 2009, p. 209.

É medida absolutamente corriqueira o juiz decidir pedidos se utilizando de fundamentos não invocados pelas partes durante os debates, por meio do reenquadramento jurídico dos fatos alegados ou, ainda que lateralmente e como forma de sustentar o acolhimento ou desacolhimento da pretensão inicial do autor, sem dar novo enquadramento jurídico aos fatos afirmados na inicial.

É antigo o interesse prático e doutrinário, por exemplo, sobre a possibilidade de o juiz acolher o pedido indenizatório com fundamento na responsabilidade objetiva, ainda quando formulado pelo autor com fundamento na culpa do réu; da mesma forma, sobre a possibilidade de reconhecer a responsabilidade aquiliana diante de um pedido fundamentado na responsabilidade contratual²⁴⁹.

Outros exemplos podem ser encontrados na experiência forense da aplicação prática do brocardo, como o reconhecimento da evicção, ainda que a parte tenha formulado pedido com fundamento em vício do produto (ou vício redibitório) ou o reconhecimento da presença de determinado vício do negócio jurídico diferente daquele arguido pela parte (*erro* no lugar de *dolo*, por exemplo).

É também com base nos postulados *narra mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*, que se permite ao juiz que julgue improcedentes os pedidos do autor mesmo na hipótese de revelia, uma vez que, segundo os artigos 341 e 344 do Código de Processo Civil, a ausência de impugnação pelo réu importa na presunção de veracidade apenas dos *factos* alegados pelo autor.

Pense-se nas miríades de processos que ainda insistem em ser trazidos ao Poder Judiciário, por exemplo, atacando a aplicação de juros pelas instituições financeiras acima do limite instituído pela Lei de Usura ou a capitalização dos juros de forma mensal ou diária. É claro que a inicial não traz em seu bojo a plêiade de argumentos jurídicos contrários a

²⁴⁹ Uma dessas discussões, levada ao Supremo Tribunal Federal, ensejou a lavratura de excelente voto pelo então Ministro Philadelpho Azevedo, de cujo teor se extrai: “As incertezas e deficiências de técnica dos arrazoados e da sentença, em face da origem da culpa e da natureza do contrato, foram apreciadas com severidade e, talvez, em detrimento do recorrente; erros de situação do problema jurídico não devem prejudicar as partes, eis que *jus novit curia* e as ações têm a mesma forma; aliás, a noção fundamental de culpa desafia distinções e enfraquece classificações, ainda que prestigiadas por uma longa tradição, de tal modo que há casos de convergência ou cumulação de culpas, de origem diversa, sem que se possa concluir que a preferência por um desses aspectos concorrentes envolva apreciações *extra* ou *ultra petita*, a despeito dos eruditos debates travados no Tribunal recorrido”. (AZEVEDO, Philadelpho. **Um triênio de judicatura**. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 3, p. 312)

essas teses, mas, mesmo na hipótese de revelia do réu, o juiz deverá afastar a pretensão, utilizando-se de fundamentos que serão trazidos aos autos de forma “inovadora”.

Imagine-se, ainda, a hipótese de o juiz rechaçar o fato “impeditivo, modificativo ou extintivo” do direito do autor afirmado pelo réu e fundamentado em documento trazido aos autos, utilizando-se da regra prevista no artigo 409, parágrafo único²⁵⁰, do Código de Processo Civil, sem que o autor tenha especificamente utilizado este fundamento para refutar as alegações do réu.

Utilizando-nos das técnicas de interpretação acima exploradas e analisando a hipótese de o juiz aplicar a regra *iura novit curia* quando da prolação de qualquer decisão, concluiremos que o juiz não estará obrigado a conceder às partes a oportunidade para manifestação acerca do “fundamento” inovador alvitrado.

Sob o ponto de vista da técnica histórica de interpretação, apontamos que, por meio desta abordagem, não é possível esclarecer com segurança a abrangência da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil, com a ressalva de que a exposição de motivos deste diploma refere-se exclusivamente a questões de ordem pública. Não se pode afirmar que a aplicação do direito aos fatos narrados pelas partes represente questão de ordem pública.

Por meio da técnica sistemática, ou seja, analisando as demais regras dispostas no Código de Processo Civil para hipóteses similares, aponta-se claramente para a desnecessidade de aplicação da regra do artigo 10 na hipótese de o juiz dar nova interpretação jurídica aos fatos relatados pelas partes.

Essa conclusão melhor se adapta à sistemática procedimental instituída pelo Código de Processo Civil. Veja-se que, pela dinâmica do processo de conhecimento, após a apresentação de contestação pelo réu, o juiz somente deverá dar a oportunidade para o autor

²⁵⁰ “Art. 409. A data do documento particular, quando a seu respeito surgir dúvida ou impugnação entre os litigantes, provar-se-á por todos os meios de direito.

Parágrafo único. Em relação a terceiros, considerar-se-á datado o documento particular:

I - no dia em que foi registrado;

II - desde a morte de algum dos signatários;

III - a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários;

IV - da sua apresentação em repartição pública ou em juízo;

V - do ato ou do fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento”.

se manifestar caso o réu tenha alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (artigo 350) ou qualquer das matérias enumeradas no artigo 337 (artigo 351).

Ou seja, na hipótese de o réu trazer em sua contestação unicamente *defesas diretas de mérito*, que incluem a negativa dos fatos constitutivos do direito do autor ou da consequência jurídica por ele propugnada, o Código de Processo Civil não determina que o autor se manifeste.

Desta forma, se o réu não impugnar os fatos como descritos na inicial, mas tão somente atacar o enquadramento jurídico destes mesmos fatos realizado pelo autor (atividade em todo idêntica à regra *iura novit curia*), o juiz poderá proferir sentença, independentemente de nova manifestação do autor (considerando que não foi alegado pelo réu qualquer das matérias enumeradas nos artigos 350 e 351 do Código de Processo Civil e que a instrução probatória é desnecessária, nos termos do artigo 355, I, uma vez que os fatos são incontroversos).

Repete-se, neste ponto, o que já foi afirmado: a exceção oposta pela parte não pode ter um tratamento diferente daquela trazida de ofício pelo juiz. O sistema do Código de Processo Civil não prevê a oportunidade de manifestação da parte para contrapor argumentos jurídicos da contraparte, de modo que a mesma conclusão deve ser alcançada em relação às matérias de direito trazidas aos autos pelo juiz.

Pela técnica sistemática de interpretação, portanto, aponta-se para a conclusão de que o juiz não estará obrigado a conceder nova oportunidade de manifestação às partes quando der novo enquadramento jurídico aos fatos objeto de análise.

Sob o ponto de vista teleológico, a mesma conclusão será alcançada.

Em relação, primeiramente, ao cumprimento das finalidades da norma legal e ao respeito ao princípio do contraditório, não é possível afirmar que a aplicação do direito aos fatos pelo juiz tenha o condão de surpreender as partes litigantes ou alijá-las da possibilidade de participar e de efetivamente exercitar o contraditório.

Em todos os exemplos apontados, o juiz trouxe aos autos fundamento novo que foi importante, ou decisivo, para a construção da decisão. No entanto, em nenhuma das hipóteses, pode-se dizer que o juiz efetivamente surpreendeu as partes com uma decisão que

fugiu ao cerne do debate estabelecido nos autos ou trouxe uma solução ao processo que destoasse daquela esperada ou perseguida pelas partes.

Ao simplesmente empregar normas jurídicas diferentes daquelas expressamente apontadas pelas partes, o juiz não constrói um caminho inusitado para a sua decisão, não conhece de ofício matérias que não integraram a causa de pedir ou a defesa. Não se pode afirmar, também, que o juiz conheça matéria que as partes não quiseram submeter ao seu juízo.

É de se lembrar que também o contraditório deve ser dimensionado em atenção ao culto do valor da liberdade no processo, de forma que os advogados do autor e do réu detêm a liberdade de formular e fundamentar os seus pedidos do modo que entendam melhor atender aos seus interesses. No uso dessa liberdade, é justificável que as partes omitam de seus argumentos aqueles que parecem infensos à tese que defendem²⁵¹.

Anote-se que uma das razões fundamentais pelas quais a lei limita aos profissionais inscritos a capacidade postulatória no processo é justamente a sua preparação técnica, “na medida em que só os habilitados conhecem os caminhos do processo, os fundamentos de direito admissíveis, os meios e momentos adequados à reação contra o desfavorável”²⁵². Ou seja, por estarem representadas por advogados regularmente inscritos, presume-se que as partes não serão surpreendidas pela decisão do juízo que se utiliza de fundamentos jurídicos diversos para acolher ou desacolher suas pretensões, especialmente ao se entender que o contraditório é exercido pelas partes de maneira livre.

O Código de Processo Civil não prevê a necessidade de se conceder repetidas oportunidades às partes para se manifestar acerca da matéria de direito; a justificativa para tanto reside na necessidade de conceder celeridade ao procedimento, que não deve ser desenhado para andar em círculos, e na constatação de que profissionais técnicos e

²⁵¹ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o conteúdo da liberdade das partes no processo é representado pelo conjunto de faculdades de que dispõem ao longo do processo: a liberdade das partes representaria a faculdade de desfrutar dos benefícios oferecidos pelas garantias processuais. Cada uma das partes atuará no processo como quiser, inclusive omitindo-se quando entender de omitir-se. Conclui o autor afirmando que “não podem as partes ser tolhidas em sua faculdade de escolher e atuar segundo suas próprias escolhas” (DINAMARCO, 2017, p. 356-362).

²⁵² DINAMARCO, 2010, p. 566.

conhecedores do direito representam as partes, os quais detêm liberdade para dar aos fatos a configuração jurídica que melhor aprouver aos seus interesses.

Argumento semelhante foi utilizado por Edoardo F. Ricci para rechaçar a nulidade das decisões fundamentadas em questões cognoscíveis de ofício pelo juiz que desrespeitem a regra de submissão da matéria ao contraditório prévio. Segundo o autor, mesmo o silêncio é fruto de uma escolha legítima da parte no processo²⁵³.

Curioso anotar que, quando do advento da regra do parágrafo 278, “3”, do ZPO, em 1976, que vedava ao juiz fundamentar sua decisão em questão ou ponto de vista jurídico não percebido pelas partes, o Supremo Tribunal Federal alemão firmou entendimento pela não aplicação desta regra em benefício das partes representadas por advogados. Esse entendimento, representado por decisão de 1984, acabou sendo revertido a partir de 1990²⁵⁴.

Ainda que se rejeite a postura extremada e infensa ao diálogo que simplesmente refute a aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil em razão da presunção de capacidade técnica dos advogados das partes e de seu conhecimento acerca das possíveis soluções ao litígio, deve-se reconhecer que, em relação unicamente à aplicação do direito aos fatos afirmados pelas partes, inexistente situação de verdadeira surpresa que encerre um desfecho do processo de forma inesperada pelas partes.

Conforme acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português já citado, a norma de vedação às decisões-surpresa “não quis aliviar as partes de usarem a diligência devida para preverem as questões que vêm a ser, ou podem vir a ser, importantes para a decisão”²⁵⁵.

²⁵³ “Il problema, se la mancata segnalazione di questioni rivelabili d’ufficio da parte del giudice violi o non violi il principio del contraddittorio, va peraltro affrontata liberamente; e la risposta negativa mi convince più di quella positiva. Il principio del contraddittorio richiede infatti che ogni parte abbia la *possibilità* di difendersi in modo adeguato, con accesso alle fonti di informazione sulle quali sarà fondata la futura decisione; ma non richiede anche che le parti approfittino di quanto vedono o sono in grado di vedere nell’ambito del processo, perché anche il silenzio è il frutto di una scelta legittima (di carattere *lato sensu* defensionale); e, quando si impone alle parti una difesa tecnica, mediante avvocati in grado di vedere e comprendere quanto emerge dal fascicolo del processo, la garanzia del contraddittorio è in ogni caso salva. Dirò più: se si vuole che il contraddittorio sia libero, anche il silenzio del difensore su questioni rilevabili d’ufficio deve essere protetto come scelta possibile; e questa libertà verrebbe meno, se il difensore non potesse scegliere il silenzio come atteggiamento difensivo, senza correre il rischio della nullità della futura sentenza” (RICCI, Edoardo F. La sentenza “della terza via” e il contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, n.2, p. 751, 2006)

²⁵⁴ PRÜTTING e FALCO, 2006, p. 51.

²⁵⁵ Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Processo nº 233/2000.C2.S1, proferido em 17.6.2014.

Não há, na aplicação da regra *iura novit curia*, uma afronta grave à possibilidade de participação das partes. Em conclusão, inexistente afronta às finalidades da norma legal ao se afirmar que a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil não se aplica na hipótese de o juiz dar novo enquadramento jurídico aos fatos objeto da demanda, ou aplicar em qualquer de suas análises normas do ordenamento não expressamente apontadas pelas partes em suas manifestações.

Ainda sob o viés da técnica teleológica, a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil deve ser ponderada com os princípios da celeridade e da segurança jurídica, a fim de que não perca legitimidade em razão de distorções a que pode dar lugar a sua leitura sem reflexão e despreocupada com os seus escopos.

Na esteira dos argumentos acima, o grau de importância do cumprimento do princípio do contraditório na hipótese analisada é baixo, uma vez que inexistente situação de verdadeira surpresa às partes, as quais detêm liberdade para optar pela estratégia argumentativa que melhor atenda aos seus interesses.

Como já sublinhado anteriormente, o grau de importância do cumprimento do princípio do contraditório diminui na medida em que nos afastamos do seu núcleo de significação: quando nos referimos ao contraditório estático e à necessária bilateralidade de audiência, o grau de importância é elevadíssimo²⁵⁶; ao tratar do contraditório dinâmico e da vedação às decisões-surpresas, claramente há uma diminuição de importância do cumprimento do princípio, chegando-se à situação específica ora analisada, da simples aplicação do direito aos fatos objeto da demanda, em que a importância alcança um patamar mínimo.

A prevalência do princípio do contraditório nesta hipótese acarretaria maior comprometimento da celeridade processual, uma vez que são inúmeras as possibilidades de o juiz dar novo enquadramento jurídico aos fatos objeto da demanda ou, ao menos, aplicar em qualquer decisão normas do ordenamento não expressamente indicadas pelas partes em seus debates.

²⁵⁶ Como na hipótese, por exemplo, de ausência de citação.

Ademais, apenas quando da prolação da sentença, o juiz exerce uma cognição exauriente acerca dos pedidos formulados pelas partes e decide pela aplicação das normas jurídicas para a solução deles. A imposição da aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil nesta hipótese criaria uma nova fase no rito processual e importaria em desnecessário e contraproducente entrave ao andamento processual.

Considerando-se as inúmeras hipóteses em que o juiz faz uso da regra *iura novit curia*, o grau de comprometimento da celeridade processual pode ser estabelecido, no mínimo, em um nível médio, devido a multiplicidade de atos que seriam acrescentados à marcha processual (em relação a centenas ou milhares de processos).

A celeridade processual é prejudicada pela simples concessão de prazo para que as partes se manifestem, bem como pela possibilidade de se verificarem nulidades processuais em razão do descumprimento da regra, trazendo instabilidade à função jurisdicional.

Aqui também, como sublinhado anteriormente, o princípio da segurança jurídica reforça os fundamentos para a nossa conclusão, uma vez que não se mostra razoável impor um prejuízo à celeridade processual nesta hipótese em que o princípio do contraditório não é vulnerado de forma incisiva.

Como afirmamos, a segurança jurídica impõe a adoção de técnicas para garantir a estabilidade das decisões judiciais, de modo que estaria comprometida, caso as decisões estivessem a todo momento sob o risco de ceder a nulidades que, na hipótese ora tratada, não se fundariam em critérios razoáveis.

Em conclusão, não se pode aceitar que, a pretexto de ampliação do princípio do contraditório, multipliquem-se as nulidades na prática do processo civil, sem que haja uma justificativa razoável para tanto e criando-se situações injustas no caso concreto.

Nesse exato sentido, concordaram os magistrados reunidos no seminário O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil, realizado pela Enfam, que definiram os seguintes enunciados:

- 1) Entende-se por 'fundamento' referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.

6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório²⁵⁷.

É também essa a conclusão alcançada pela Corte Suprema di Cassazione italiana, ao rejeitar a aplicação da regra de vedação às decisões-surpresa a questões “di puro diritto”²⁵⁸.

Essa orientação, ademais, vem sendo adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, como é possível extrair de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Herman Benjamin, que afastou a caracterização da decisão-surpresa em razão de o fundamento utilizado pelo magistrado ser “perfeitamente previsível e cogitável” pela parte. Deste acórdão se extrai que

descabe alegar surpresa se o resultado da lide encontra-se previsto objetivamente no ordenamento jurídico disciplinador do instrumento processual utilizado e insere-se no âmbito do desdobramento causal, possível e natural, da controvérsia. Cuida-se de simples exercício dos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*²⁵⁹.

Manifestando entendimento contrário ao acima alinhavado, José Roberto dos Santos Bedaque aponta ser necessário ao juiz oportunizar a prévia manifestação das partes quando diante de uma hipótese de aplicação da regra *iura novit curia*, afirmando que “muitas

²⁵⁷ Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁵⁸ Corte Suprema di Cassazione, Sezione Unite, 30 settembre 2009, Sentenza n. 20.935.

²⁵⁹ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. Recurso em Mandado de Segurança n. 54.566-PI, relatado pelo Ministro Herman Benjamin e julgado em 19.9.2017; no mesmo sentido: Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.755.266-SC, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão e julgado em 18.10.2018. Entendimentos semelhantes podem ser encontrado em decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (38ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 1002666-07.2017.8.26.0019, relatada pelo Desembargador Fernando Sastre Redondo e julgada em 25.7.2018; 7ª Câmara de Direito Privado. Agravo de instrumento n. 2032397-54.2018.8.26.0000, relatado pelo Desembargador Rômulo Russo e julgado em 6.6.2018).

vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes”, justificando-se a preocupação com a efetividade do contraditório²⁶⁰.

Impossível discordar deste argumento no sentido de que hipóteses que submetam as partes a consequências não imaginadas, a situações processuais definitivas em que a causa é decidida de forma diferente da esperada pelas partes, devem ser precedidas do contraditório previsto no artigo 10 do Código de Processo Civil.

No entanto, ordinariamente a aplicação da regra *iura novit curia* não terá o condão de conduzir a uma “decisão-surpresa”, de fugir às expectativas das partes, uma vez que o juiz continua vinculado ao princípio da demanda, devendo em qualquer caso decidir a demanda nos limites dos pedidos formulados pelas partes (artigos 141, 490 e 492 do Código de Processo Civil)²⁶¹.

Dessa forma, conclui-se não ser necessária a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil nas hipóteses em que o juiz se vale da regra *iura novit curia*.

Essa conclusão, no entanto, não impede o juiz de fomentar o debate entre as partes quando se depare com controvérsia jurídica complexa, diante da qual a manifestação das partes sobre pontos de vista jurídicos seja útil para o aprimoramento da decisão. Trata-se de uma faculdade do juiz, a exemplo da possibilidade de designação de audiência para saneamento do processo em cooperação com as partes, prevista no artigo 357, § 3º, do Código de Processo Civil.

O que se pretende evitar é que a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil acarrete maiores prejuízos ao processo do que os benefícios almejados, o que ocorreria na

²⁶⁰ “Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se de norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes. Justificável, portanto, a preocupação com a efetividade do contraditório inclusive nesta sede. Basta lembrar das relações de consumo, cujos efeitos, inclusive no âmbito processual, são profundamente diversos daqueles decorrentes de situações regradas pelo direito das obrigações” (BEDAQUE, 2002, p. 42).

²⁶¹ Também em sentido contrário ao defendido nesta oportunidade, Welder Queiroz dos Santos conclui que a aplicação da regra *iura novit curia* sem a concessão de prévia oportunidade de manifestação às partes configuraria decisão-surpresa, em ofensa ao princípio do contraditório (SANTOS, 2018, p. 129-133). Também Máira Coelho Torres Galindo afirma a necessidade de se observar a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil para a hipótese de o juiz aplicar nova visão jurídica sobre os fatos, sob pena de se “transformar o processo num instrumento autoritário e opressor” (GALINDO, 2015, p. 100).

hipótese de se concluir pela sua aplicação indiscriminada a toda e qualquer situação em que o juiz adotar visão jurídica diferente daquela defendida pelas partes no processo.

5.4 FATOS SIMPLES

Última das categorias de fundamentos que podem eventualmente ser trazidos de forma inovadora pelo juiz para decidir uma demanda, os *atos simples* (ou *secundários* ou *instrumentais*) são aqueles que, muito embora sejam insuficientes, por si só, para gerar qualquer consequência jurídica, tornam certa a existência do *fato jurídico* (ou *jurígeno*, ou *essencial*, ou ainda *principal*), este último definido como causa eficiente de uma pretensão processual e que constitui necessariamente objeto de prova.

Segundo Giuseppe Chiovenda, “denominam-se ‘atos jurídicos’ aqueles de que derivam a existência, a modificação ou a cessão de uma vontade concreta de lei”²⁶².

Explica Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior que, por outro lado, os fatos simples são aqueles que permitem, direta ou indiretamente, que se deduzam a existência (ou inexistência) ou o modo de ser do fato principal: são indícios, comportamentos das partes, manifestações de ciência, dentre outros. Segundo o autor, estes fatos são conhecíveis de ofício pelo juiz em razão da técnica do processo e do modo de formação do juízo, o que os situaria sob o “princípio do debate” e não sob o princípio dispositivo²⁶³.

José Rogério Cruz e Tucci recorre a Proto Pisani para exemplificar a diferença:

Proto Pisani, destacando o papel relevante do *fato jurídico* (em contraposição ao *fato secundário*), fornece os seguintes exemplos: a) em acidente de trânsito, a culpa do condutor por excesso de velocidade é o fato principal; a alta velocidade do automóvel poucos minutos antes do acidente e o hábito do condutor em dirigir em excesso de velocidade constituem fatos secundários; b) a lesão física de alguém, provocada por facadas, é o fato essencial da demanda em que a vítima pleiteia indenização por ato ilícito; já a luta entre os antagonistas, a posse pelo

²⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Trad. José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I, p. 7.

²⁶³ DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo**, São Paulo, Lex, ano 24, v. 119, p. 16, 1990.

demandado de uma faca compatível com o ferimento, as manchas de sangue na roupa do ofensor, a impressão digital no cabo da faca encontrada na cena do crime são todos fatos simples.²⁶⁴

Por boa parte da doutrina concluir que os fatos que delimitam o objeto do processo, e, conseqüentemente, os fatos que devem ser afirmados pela parte autora quando da propositura da demanda como fundamento de seu pedido, seriam apenas aqueles caracterizados como “principais”, entendeu-se, não sem alguma controvérsia doutrinária²⁶⁵, que os fatos simples seriam conhecíveis de ofício pelo juiz, desde que erigissem da análise das provas dos autos e mesmo que não houvessem sido alegados pelas partes em suas exposições.

José Rogério Cruz e Tucci endossa esse entendimento e afirma que apenas os fatos essenciais para configurar o objeto do processo constituem a causa de pedir e têm o condão de delimitar a pretensão, explicando que apenas o fato principal é “causa eficiente de uma pretensão processual” e “emerge carregado de efeito pelo ordenamento jurídico”²⁶⁶.

Mauro Cappelletti ensinava, da mesma forma, que apenas o fato jurídico, constitutivo do direito alegado, constitui objeto do processo e deve necessariamente ser alegado pela parte²⁶⁷.

²⁶⁴ CRUZ E TUCCI, 2009, p. 163.

²⁶⁵ Veja-se manifestação em contrário de José Joaquim Calmon de Passos: “Deve a inicial também relatar os fatos simples, ou suficiente será a indicação do fato-título da demanda? Já no direito anterior, Lopes da Costa se pronunciava no sentido da necessidade de se explicitarem, na inicial, também os fatos simples. Justificava seu ponto de vista com a circunstância de permitir o Código ao juiz conhecer os fatos não alegados, mas provados nos autos, faculdade que, em face da oralidade e concentração do processo, prevista sua instrução em uma só audiência, impossibilitava a inquirição de uma testemunha sobre fatos simples não constantes da inicial. Admitir-se a prova de fato simples não articulado na inicial será legitimar-se a cilada processual e fazer-se *tábula rasa* do princípio indeclinável da contraprova, decorrência necessária da bilateralidade do processo, acrescentamos nós” (PASSOS, 2000, p. 161).

²⁶⁶ CRUZ E TUCCI, 2009, p. 162-163.

²⁶⁷ “Bisogna qui invero precisare che la regola, per cui il giudice non può porre alla base della sua pronuncia fatti giuridici non allegati delle parti, riguarda, necessariamente – in forza cioè di quella necessità logica e giuridica, di cui sopra s’è parlato come della conseguenza del carattere disponibile dell’oggetto del processo civile – i soli fatti costitutivi del rapporto privato costituente l’oggetto del giudizio” (CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità, parte prima**. Milano: Giuffrè, 1974. v. I, p. 343).

Fundamentando-se especialmente na redação do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, também Celso Agrícola Barbi²⁶⁸ e Arruda Alvim²⁶⁹ manifestavam a opinião de que o juiz pode conhecer os fatos simples que emergem das provas dos autos independentemente da alegação das partes acerca deles, esclarecendo que fatos jurídicos somente poderiam ser conhecidos quando afirmados pelas partes, sob pena de desrespeito ao princípio da demanda.

Não obstante o atual Código de Processo Civil não tenha mantido a redação do artigo 131 do diploma revogado, a qual autorizava o juiz a apreciar livremente a prova, “atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”²⁷⁰, impossível afirmar que a teoria sobre o fato simples e a sua diferenciação do fato jurídico, ou principal, deva ser descartada.

Isso porque deve-se ainda entender que à parte autora é obrigatória a descrição do fato que seja “causa eficiente” de seu pedido, e não todos aqueles fatos laterais que, durante a instrução processual, possam ser utilizados para reforçar ou demonstrar a existência do fato principal.

Pela sua própria função na formação do entendimento do julgador, os fatos simples devem ser considerados como meios de prova em relação ao fato principal, e não como efetivo fundamento do pedido, ou causa de pedir (ou, como afirmou Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, estariam situados no âmbito do “princípio do debate”, e não do princípio dispositivo).

²⁶⁸ Conforme análise feita por Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior: “Na esteira da distinção feita por Cappelletti, sem expressa referência a ele, distingue, por exemplo, Celso Agrícola Barbi, os fatos jurídicos dos fatos simples, para concluir que o artigo 131 está a referir-se apenas a esses últimos (a característica desses não é a de criar, modificar, conservar ou extinguir direitos, servindo ‘para demonstrar a existência dos fatos jurídicos’). Barbi não vacila em afirmar que se o juiz decidisse com base em fatos jurídicos que não os alegados pelas partes ‘estaria, na verdade, julgando outra demanda, porque o que caracteriza esta são precisamente os fatos daquela natureza’” (DALL’AGNOL JR., 1990, p. 20).

²⁶⁹ “Aqueles fatos ou circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, que o juiz deverá apreciar, serão exclusivamente, fatos e circunstâncias que se insiram na intenção do autor ou na linha intencional da contestação apresentada pelo réu. Por outras palavras, não é lícito aplicar o artigo 131 desconhecendo os limites traçados pelo autor, seja em função de sua vontade, seja em função do tipo de informação que, deliberadamente, trouxe ao Juiz, valendo o mesmo para o réu. Do contrário estar-se-ia interpretando o artigo 131 em desconformidade com o artigo 128 deste Código” (ARRUDA ALVIM, J. M. de. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. V, p. 238).

²⁷⁰ A redação do artigo 131 foi substituída pelo artigo 371 do atual Código de Processo Civil, que assim dispõe: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Ressalte-se que exigir a descrição dos fatos simples na petição inicial da parte autora simplesmente impediria que esta pudesse exercer livremente a produção probatória, uma vez que não é possível prever, desde o momento de distribuição da demanda, os rumos que a instrução probatória tomará.

Por fim, é de extrema importância para a construção de uma decisão justa a possibilidade de o juiz exercer de forma livre a apreciação da prova constante dos autos, aplicando também a regra da experiência nesta análise²⁷¹, impondo-se ao julgador apenas o dever da fundamentação e os limites do princípio da demanda.

Conforme clássico exemplo já apontado, a conduta habitual do réu de conduzir veículos automotores em alta velocidade ou o fato de estar, momentos antes do acidente, ingerindo bebidas alcoólicas em um bar, são fatos simples. No entanto, o fundamento do pedido indenizatório do autor não é nenhum destes fatos, mas sim a *culpa* do réu pela ocorrência do acidente. Os fatos simples auxiliam a demonstrar a existência do fato principal.

Outros exemplos podem ser citados. Em pedido fundamentado no inadimplemento de determinada obrigação, o juiz pode reforçar a conclusão acerca da inexistência do pagamento (afirmado pelo réu em contestação) pelo teor de mensagens eletrônicas trocadas pelas partes e juntadas aos autos, por meio das quais o réu solicita prazo para o pagamento ou o parcelamento da dívida, ainda que o autor não tenha descrito essas circunstâncias em sua inicial.

Fatos notórios, que independem de comprovação nos termos do artigo 374, I, do Código de Processo Civil, podem também ser utilizados pelo magistrado para reforçar a conclusão pela efetiva ocorrência do fato principal afirmado pelo autor. Imagine-se que o autor requeira a condenação da operadora do plano de saúde na obrigação de autorizar a realização de procedimentos injustamente negados, sendo de conhecimento geral que aquela operadora específica vem enfrentando dificuldades econômico-financeiras e, por esta razão, deixou de prestar assistência regular aos consumidores.

Muito embora o pedido do autor esteja fundamentado, unicamente, no descumprimento da obrigação contratual pela operadora, o descontentamento geral dos

²⁷¹ Segundo o artigo 375 do Código de Processo Civil, “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

consumidores com o atendimento daquela prestadora e o volume de demandas levadas ao Poder Judiciário versando sobre a mesma questão reforça a conclusão acerca do descumprimento (é, ademais, aplicação das “regras de experiência” na apreciação da prova).

O Código de Processo Civil português trata com maior detalhamento a possibilidade de o juiz conhecer fatos simples, não expressamente apontados pelas partes em suas postulações.

De acordo com o artigo 5º, 1, do Código de Processo Civil português, “às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”. No entanto, o mesmo artigo prevê que

além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz [...] os factos instrumentais que resultem da instrução da causa; os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar; e os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

Também no sistema processual português, o magistrado somente encontra vedação de conhecer oficiosamente os fatos essenciais que fundamentam o pedido: a causa de pedir engloba exclusivamente os fatos essenciais, e não aqueles que lhes são complementares ou instrumentais.

Também em relação aos fatos simples, a melhor interpretação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil apontará para a não aplicabilidade da regra nessa hipótese.

Não se trata, naturalmente, de questão de ordem pública. A consideração de fatos simples para a formação do entendimento do juiz advém da livre apreciação das provas e mesmo do princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas, cristalizado no artigo 371 do Código de Processo Civil.

Sob o viés da técnica sistemática de interpretação, o Código de Processo Civil não detém regramento para o tratamento de hipóteses similares que pudessem auxiliar no esforço interpretativo. Note-se, no entanto, que o procedimento instituído pelo Código de Processo Civil prevê sempre a oportunidade de manifestação das partes acerca das provas produzidas

nos autos²⁷², de forma que as partes terão sempre a oportunidade de se manifestarem previamente à decisão acerca dos fatos simples oriundos da instrução probatória.

A técnica teleológica de interpretação, por sua vez, aponta para a desnecessidade de aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil à hipótese.

Assim como ocorre na hipótese de aplicação da regra *iura novit curia*, ao considerar a existência de fatos simples para concluir acerca da existência (ou inexistência) do fato jurídico que fundamenta o pedido da parte e para construir, portanto, a conclusão, o juiz não foge ao debate estabelecido nos autos (que se centra, justamente, na existência ou não de determinado fato) ou decide o processo de uma forma diferente da esperada pelas partes.

Anote-se que, da mesma forma, o juiz continua vinculado aos fatos jurídicos narrados pela parte para fundamentar o seu pedido (ou sua exceção), não podendo conhecer fatos que tenham o efetivo condão de criar, modificar ou extinguir direitos e que não tenham sido expressamente afirmados.

O juiz continua adstrito aos fatos jurídicos narrados e aos pedidos formulados. Outrossim, continua sendo necessária a observação da regra do contraditório em relação a quaisquer documentos ou provas novas trazidas aos autos, de modo que as partes sempre terão a oportunidade de se manifestarem após a juntada de documentos, laudos ou a produção de provas em audiência.

Inexiste efetiva situação de surpresa às partes que as alije da participação na formação do convencimento judicial, não havendo, desta forma, prejuízo relevante ao princípio do contraditório. Ou seja: é extremamente reduzido o grau de importância do cumprimento do princípio do contraditório na hipótese.

Ainda quando se trate de fatos simples não advindos da instrução probatória, mas que se caracterizem como fatos notórios e que independam de prova (artigo 374, I, do Código de Processo Civil), inexistirá situação de surpresa que fundamente a aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil.

²⁷² Conforme, a título exemplificativo, os artigos 364 (debates), 437, § 1º (ouvida da parte sobre documentos novos) e 477, § 1º (manifestação das partes quanto ao laudo).

Ressalte-se que os fatos simples funcionam como meros argumentos na formação do convencimento judicial e não podem, por si sós, acarretarem as consequências jurídicas pretendidas pelas partes. Ademais, por se tratar de fatos notórios, não é possível afirmar que as partes não tenham conhecimento deles e que por eles tenham sido surpreendidas.

Ainda sob o viés teleológico, a ponderação da influência dos demais princípios processuais sobre a hipótese reforça a conclusão alcançada.

A celeridade processual sofreria sensível prejuízo caso se exigisse a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil em relação a fatos simples considerados pelo juiz em suas decisões e não expressamente descritos pelas partes em suas manifestações. Isso porque a consideração de fatos simples (circunstâncias, indícios etc.) é recorrente e natural no processo de formação do convencimento do magistrado, advindo da própria apreciação do material probatório disponível nos autos.

Assim, por não se estar diante de uma hipótese de “decisão-surpresa”, de resolução da demanda de uma forma não esperada pelas partes ou de inclusão de um elemento que fuja objetivamente ao debate instituído nos autos, a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil não deve ser necessariamente observada em relação aos fatos simples, ou secundários, utilizados pelo magistrado quando da construção da decisão.

Nesse exato sentido concordaram os magistrados reunidos em seminário realizado pela Enfam que, ainda sobre a aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil, definiram o seguinte enunciado: 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório²⁷³.

5.5 EXCEÇÕES: IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO E DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL

De acordo com a sistemática instituída pelo próprio Código de Processo Civil, pode-se afirmar que é exceção à regra do artigo 10 a hipótese de improcedência liminar do

²⁷³ Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

pedido, disposta no seu artigo 332. Nas hipóteses previstas neste artigo, o juiz se valerá de fundamento jurídico estranho àqueles utilizados pelo autor para solucionar o processo.

O próprio Código de Processo Civil, em seus artigos 332, § 1º, e 487, parágrafo único, expressamente prevê que a prescrição ou a decadência reconhecidas de ofício liminarmente não estão sujeitas à regra do contraditório prévio, enquanto a prescrição ou decadência reconhecidas de ofício em outro momento processual estariam sujeitas a essa regra.

Muito embora essas exceções possam parecer, numa análise apressada, uma incoerência interna do sistema do Código de Processo Civil – o que poderia levar o estudioso a rechaçar uma das hipóteses incoerentes a partir de uma interpretação sistemática²⁷⁴ –, há uma estrutura lógica dentro do sistema do Código de Processo Civil que justifica o tratamento desigual das hipóteses similares.

Na hipótese de improcedência liminar dos pedidos, o autor tem a faculdade de recorrer da decisão e o próprio juiz prolator poderá exercer o juízo de retratação, nos termos do artigo 332, § 3º, do Código de Processo Civil. A possibilidade de retratação do juiz permite que o contraditório seja exercido pela parte em relação ao fundamento que baseou a decisão, ainda que de forma postergada, o que não é permitido quando o julgamento se dá em fase processual posterior.

274 Georges Abboud e José Carlos Van Cleef de Almeida Santos apontam uma incoerência interna no sistema processual: “A partir de uma leitura sistemática do NCPD depende-se um especial cuidado com sua adequação à principiologia constitucional, mormente o contraditório conforme se evidencia na concretização da proibição de decisão surpresa posta no seu art. 10. [...] Ou seja, antes de aplicar o art. 332 do CPC/2015, o juiz deve assegurar ao autor a possibilidade de demonstrar por que sua petição inicial, v. g., não contraria súmula do STF ou súmula do STJ. Somente após essa segunda manifestação do autor é que se poderia cogitar da aplicação da referida técnica de forma constitucionalmente adequada. [...] Por exemplo, se o juiz verificasse a incompatibilidade do pedido do autor com o enunciado de súmula vinculante antes da citação do réu poderia extinguir imediatamente a demanda com fulcro no art. 332, I. Entretanto, se ele verificar essa incompatibilidade após a contestação, nos termos do art. 10, deveria ofertar às partes, principalmente ao autor, a possibilidade de demonstrar se a extinção deve ou não ocorrer. Trata-se de incoerência interna ao sistema processual que não pode persistir”. (ABBOUD, Georges ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 859-860). Adotando o mesmo entendimento, a nosso ver incorreto: SANTOS, 2018, p. 159-166; MARINHO, Rodrigo; ROMÃO, Pablo Freire. Contraditório substancial e julgamento liminar de improcedência: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva (coord.). **Grandes temas do Novo CPC: Improcedência**. Salvador: JusPodium, 2015. v. 4, p. 248-249; SILVA, Ticiano Alves e. O contraditório na improcedência liminar do pedido do Novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva (coord.). **Grandes temas do Novo CPC: Improcedência**. Salvador: JusPodium, 2015. v. 4, p. 295.

Não há, portanto, incoerência irracional no sistema, devendo essa tese ser analisada com mais cuidado²⁷⁵.

No que diz respeito ao indeferimento da petição inicial, o Código de Processo Civil não modificou sobremaneira a sistemática do atual diploma. Assim, ao verificar que a petição inicial não atende aos requisitos legais, deverá o juiz determinar que o autor a emende ou a complete, no prazo de 15 (quinze) dias. Somente após essa providência poderá indeferir a petição inicial.

No entanto, deve-se entender que a determinação para que o autor emende a petição inicial, inclusive “indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado” (artigo 321 do novo Código de Processo Civil) detém caráter decisório²⁷⁶. Ou seja, ao determinar a emenda, o juiz já reconheceu a existência da falha na petição, de forma que se pode afirmar que se trata de exceção à regra do artigo 10.

Anote-se que, também em relação à sentença que indefere a petição inicial, é possível ao juiz exercer o juízo de retratação, nos termos do artigo 331 do Código de Processo Civil.

²⁷⁵ Welder Queiroz dos Santos chega a defender a inconstitucionalidade da primeira parte do parágrafo único do artigo 487 do Código de Processo Civil: “Em nosso sentir, a primeira parte do parágrafo único do art. 487 do Código de Processo Civil é inconstitucional, por violação do princípio constitucional do contraditório em relação ao autor, imposto pelo art. 5º, LXV, da Constituição, e também por violação da regra da vedação de prolação de *decisão surpresa*, concretizadora deste princípio no âmbito infraconstitucional, nos termos do art. 10 do Código de Processo Civil” (SANTOS, 2018, p. 163).

²⁷⁶ Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, representado pelas seguintes ementas: “A decisão do Tribunal de origem aplicou devidamente o art. 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que determina a extinção do processo sem julgamento do mérito, quando a parte não cumpre a determinação da emenda à inicial. Precedentes. Súmula 83/STJ. 2. Caso a parte não concordasse com a determinação de emenda à inicial, deveria ter interposto agravo de instrumento, recurso cabível em decisões interlocutórias. Precedentes” (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, agravo regimental no agravo em recurso especial n. 406.753/SP, relatado pelo Ministro Humberto Martins. DJe 10.12.2013).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. DESCUMPRIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PROVIMENTO NEGADO. 1. Nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil, impõe-se o indeferimento da petição inicial se a parte autora, intimada a emendá-la, não leva a efeito tal incumbência. 2. Preclusa a matéria relacionada à necessidade de aditamento da petição inicial por força do reconhecimento da existência de litisconsórcio passivo necessário, outra alternativa não restava à impetrante, senão promover a emenda da petição inicial do mandado de segurança” (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, agravo regimental no recurso em mandado de segurança n. 27.720/RJ, relatado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 12.5.2015).

6 CONCLUSÕES

Em síntese, descrevemos a seguir as conclusões alcançadas no decorrer do presente trabalho.

O princípio do contraditório foi modificado ao longo do tempo, assumindo conteúdos diversos em razão da evolução do pensamento jurídico e das teorias dominantes em cada momento histórico. Durante a Idade Moderna, especialmente a partir dos séculos XVII e XVIII, o princípio do contraditório foi reduzido a uma concepção mecânica de mera contraposição de teses, representada pelo binômio “informação-reação”; já no século XX e, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, o princípio do contraditório passou a ser considerado sob uma perspectiva democrática, incorporando outros aspectos substanciais que delinham o que chamamos de *contraditório dinâmico*.

Além dos direitos à informação e à reação, atualmente o princípio do contraditório incorpora os direitos à participação no desenvolvimento do processo, à influência no conteúdo das decisões judiciais, à consideração pelo magistrado dos argumentos das partes e à não surpresa.

A atual concepção do princípio do contraditório é acatada por diversos ordenamentos estrangeiros e deu ensejo à criação de regras que têm por finalidade conceder às partes maior participação no processo. Podemos citar, neste sentido, os ordenamentos de Itália, Portugal e Alemanha. No Brasil, o Código de Processo Civil claramente acolheu estes novos conteúdos do princípio do contraditório, o que pode ser percebido por meio de diversas regras que preveem a maior participação das partes e, especialmente, pela regra de vedação às decisões-surpresa, prevista no seu artigo 10.

Os princípios e as regras são espécies de normas que desempenham papéis diferentes no ordenamento jurídico e sua aplicação atende a critérios também distintos. Os princípios contêm relatos com alto grau de abstração e não especificam a conduta a ser adotada; desempenham as funções fundamentadora, interpretativa e supletiva no ordenamento jurídico. A aplicação dos princípios se dá predominantemente mediante a ponderação.

As regras contêm relato mais objetivo e descritivo das condutas a serem adotadas; sua aplicação se dá pelo mecanismo tradicional de subsunção.

Os princípios detêm um núcleo essencial de sentido, no qual inexistente espaço para a ponderação. Nesse âmbito, sua aplicação se dá de forma similar à das normas-regra. Em relação ao princípio do contraditório, identificamos o seu núcleo essencial de sentido no que denominamos “contraditório estático”; os conteúdos do princípio do contraditório, a que denominamos “contraditório dinâmico”, se encontram no espaço de expansão de sentido do princípio, cujo preenchimento depende da atuação de deliberação democrática, pela criação de regras.

Apesar de anteriormente a doutrina já haver vislumbrado a vedação às decisões-surpresa como uma consequência do princípio do contraditório, foi apenas com a edição do atual Código de Processo Civil que esta regra passou a incorporar o ordenamento jurídico.

O princípio do contraditório fundamentou a criação da regra da vedação às decisões-surpresa. Porém, a aplicação desta regra se dá pelo mecanismo tradicional de subsunção, a partir da interpretação do texto legal e da identificação da hipótese de incidência; no esforço de interpretação da disposição legal, o princípio do contraditório exerce função interpretativa, em concurso com os demais princípios aplicáveis ao processo civil, especialmente a celeridade e a segurança jurídica.

Podem ser identificadas 4 (quatro) hipóteses em que o juiz pode embasar uma decisão de forma inovadora: (i) questões de direito processual cognoscíveis de ofício; (ii) questões de direito material cognoscíveis de ofício; (iii) aplicação da regra *iura novit curia*; e (iv) “fatos simples” (ou “secundários”).

A aplicabilidade da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil a cada uma destas hipóteses deve ser avaliada por processo de interpretação, por meio do qual se busca a construção do melhor significado ou do melhor sentido a ser extraído do texto legal. A interpretação da norma se faz com recurso a técnicas hermenêuticas representadas pelos métodos gramatical, lógico, sistemático, histórico e teleológico.

À luz dessas premissas, e analisando detidamente cada uma das hipóteses descritas, obtivemos os seguintes resultados:

- (i) No que diz respeito às questões de ordem processual que o juiz pode conhecer de ofício, a aplicação da regra do artigo 10 será necessária na hipótese de o juiz conhecer de ofício matéria de ordem pública (condições da ação, pressupostos processuais e nulidades processuais), mas não em relação às questões cognoscíveis de ofício que não representem matérias de ordem pública.
- (ii) Especificamente no que diz respeito à condenação da parte às penas pela litigância de má-fé, diante das características peculiares da hipótese, será necessária a concessão de oportunidade prévia para que a parte se manifeste.
- (iii) Em relação às questões de direito material cognoscíveis de ofício pelo juiz, a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil é também necessária.
- (iv) Já na hipótese de o juiz dar nova qualificação jurídica aos fatos afirmados pelas partes ou aos efeitos jurídicos que tais fatos são capazes de produzir à luz do ordenamento, em aplicação da regra *iura novit curia*, a regra do artigo 10 do Código de Processo Civil não se aplica.
- (v) Também em relação aos fatos simples conhecidos pelo juiz para embasar a sua decisão, a aplicação da regra do artigo 10 do Código de Processo Civil não é necessária.
- (vi) Pode-se, ainda, identificar algumas exceções no sistema do Código de Processo Civil em relação às quais a regra do artigo 10 não será aplicável: a improcedência liminar do pedido (artigo 332) e a determinação de emenda da inicial (artigo 321).

Os novos contornos dados ao princípio do contraditório pelo Código de Processo Civil, representados por diversos dispositivos que determinam a participação do juiz no diálogo processual e uma maior oportunidade de influência das partes e mesmo de terceiros, alinham-se aos ensejos da mais gabaritada doutrina brasileira e à realidade existente em diversos ordenamentos nos quais o nosso se inspira.

É sem dúvida bem-vinda a incorporação dos aspectos de cooperação e de influência ao princípio do contraditório na realidade processual brasileira, o que permitirá o engrandecimento da experiência processual, a maior legitimação das decisões e um aperfeiçoamento da atividade jurisdicional e do ato decisório.

Cumprido, no entanto, cuidar para que, ao abraçar as novas feições do princípio do contraditório – que em última análise desaguardam na criação de regras procedimentais a serem atendidas pelo juiz –, o Poder Judiciário não viole outros princípios caros aos jurisdicionados e também previstos constitucionalmente, especialmente a celeridade, a economia processual e a segurança jurídica.

Não pode a proteção extremada ao princípio do contraditório se desgarrar da sua função precípua e dos escopos que lhe dirigem para se tornar uma fonte de nulidades processuais e mais uma ferramenta nas mãos dos litigantes que se beneficiam da eternização das demandas.

A regra da vedação às decisões-surpresa, prevista especialmente no artigo 10 do Código de Processo Civil, é talvez o maior expoente deste diploma legal da aceção do princípio do contraditório em seu aspecto dinâmico, carregado da missão democrática de fomentar a participação das partes na construção da decisão.

A aplicação desta disposição legal deverá ser realizada com vistas à consecução das finalidades do princípio do contraditório, especialmente fomentando a participação das partes e evitando que estas sejam surpreendidas com decisões que fujam do debate estabelecido nos autos. Não deverá ser aplicada, portanto, nas situações em que o princípio do contraditório não é vulnerado de forma relevante, ou em que outros princípios o sejam.

Cabe ao Poder Judiciário e aos processualistas estudarem o exato âmbito de aplicação das novas regras, a fim de equilibrá-las com as demais regras e valores processuais e de forma que os benefícios alcançados pelo reforço da garantia individual não sejam superados pelos seus custos.

É valiosa, nesse sentido, a lição da Suprema Corte Norte-Americana: “at some point, the benefit of an additional safeguard to the individual [...] may be outweighed by the cost”²⁷⁷.

²⁷⁷ Mathews v. Eldridge, 424, U.S. 319 (1976). Citado por: MASSEY, Calvin; DENNING, Brannon P. **American constitutional law: powers and liberties**. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2019. p. 457.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung (ZPO)**. Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz. 2019. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Deutscher Bundestag. 2019. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/gg>>. Acesso em: 30 out. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. e org. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 19, n. 73, jan./mar. 1994.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e constituição: estudos**

em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARRUDA ALVIM, J. M. de. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v. V.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, v. 215,, jan./mar. 1999.

AZEVEDO, Philadelpho. **Um triênio de judicatura**. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 3.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **O processo civil brasileiro: uma apresentação**. Temas de direito processual: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 14, n. 56, out./dez. 1989.

_____. **Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão**. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iura novit curia”. Trad. José Manoel Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n.3, jul./set. 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial: uma visão dialética**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Presidência da República. Secretaria-Geral. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Código Civil**. Presidência da República. Casa Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Código de Processo Civil**. Presidência da República. Secretaria-Geral. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Presidência da República. Casa Civil. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antônio Passo. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. São Paulo: Elsevier, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: parte prima**, Milano: Giuffré, 1974. v. I.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. In: SOUZA, Arivaldo de et al. (coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem a Edvaldo Brito**. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. **Rivista Trimestrale di Diritto Processual**, Milano, 41 (3), set. 1987.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Identificazione delle azioni**. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. Saggi di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Trad. José Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I.

CHIZZINI, Augusto. Effettività del contraddittorio nel processo civile. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Terza via” e processo “giusto”. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, n. 2, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 17, n. 66, abr./jun. 1992.

DALFINO, Domenico. **Questioni di diritto e giudicato**: Contributo allo studio dell'accertamento delle “fattispecie preliminari”. Torino: G. Giappichelli, 2008.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo**, São Paulo, Lex, ano 24, v. 119, 1990.

DEL CLARO, Roberto. **Direção material do processo**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, v. XXIII, II Serie, 1968.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. **Gênesis – Revista de Direito Processual**, Curitiba, n. 29, jul./set. 2003.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. v. I.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. T. 1.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**: das normas processuais civis e da função jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. ***Iura novit curia e causa de pedir***: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

FENOLL, Jordi Nieva. La actuación de oficio del juez nacional europeo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 43, v. 279, maio 2018..

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Légifrance. 2019. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>.

Acesso em: 30 out. 2019.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 8. ed. atual. São Paulo: RT, 2008.

FREITAS, José Lebre de. **Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. I.

GALINDO, Máira Coelho Torres. **Processo cooperativo: o contraditório dinâmico e a questão das decisões-surpresa**. Curitiba: Juruá, 2015.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. ***Iura novit curia y aplicación judicial del derecho***. Valladolid: Lex Nova, 2000.

GAVIÃO Filho, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (org., trad., rev.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos em homenagem a Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. Direito material, processo e ilicitude: breve análise da litigância de má-fé no sistema jurídico processual brasileiro. In: SILVA Neto, Francisco Antônio de Barros e; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; COSTA Filho, Venceslau Tavares (coord.). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao professor Torquato Castro**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, n. 186, ago. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: EdFCG, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória**. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. **O conteúdo da garantia do contraditório.** Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS DE LEXICOGRAFIA. **Pequeno dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** São Paulo: Moderna, 2015.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss:** sinônimos e antônimos. São Paulo: Publifolha, 2013.

ITALIA. Senato della Repubblica. **Costituzione della Repubblica Italiana.** Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. **Disposizioni per l'attuazione del Codice di Procedura Civile e disposizioni transitorie.** Disponível em: <<https://www.normattiva.it/do/atto/export>>. Acesso em: 27 out. 2019.

LEIVAS, Paulo Roberto Cogo. A racionalidade da ponderação em Robert Alexy. In: HECK, Luís Afonso (org., trad., rev.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação:** escritos em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança jurídica no Código de Processo Civil de 2015. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). **Processo em jornadas.** Salvador: Jus Podium, 2016.

MACEDO, Silvio de. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** Edição comemorativa do sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 39.

MARINHO, Rodrigo; ROMÃO, Pablo Freire. Contraditório substancial e julgamento liminar de improcedência: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo CPC. In: MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; MARINHO, Rodrigo Saraiva (coord.). **Grandes temas do Novo CPC:** improcedência. Salvador: JusPodium, 2015. v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASSEY, Calvin; DENNING, Brannon P. **American constitutional law: powers and liberties**. 6. ed. New York: Wolters Kluwer, 2019.

MATOS, Varela de. **Conflito de direitos fundamentais em direito constitucional e conflitos de direitos em direito civil**. Porto: Almeida e Leitão, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. III.

PICARDI, Nicola. Il Principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n. 3, 1998.

_____. **Diritto Moderno**. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, [s.d.]. v. XXXVI.

_____. **Jurisdição e processo**. Trad. org. rev. téc. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTUGAL. Ministério Público. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em: 27 out. 2019.

PRÜTTING, Hanns; FALCO, Sandra De. **Código Procesal Civil Alemán (ZPO): Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo (Incluye artículos de Hanns Prütting y Sandra De Falco)**. Trad. Álvaro J. Perez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo. Berlim: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos: noções gerais, direito positivo, direito objetivo**. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. v. 1.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RICCI, Edoardo F. La sentenza “della terza via” e il contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Cedam, n. 2, 2006.

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

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. **Diritto processuale civil**. 12. ed. Padova: Cedam, 1996.

SCHWAB, Karl Heinz. Introdução ao direito processual civil alemão. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, n. 3, jul./set. 1976.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

_____. Aspectos do novo processo civil português. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 86, 1997.

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

SOUZA, Gelson Amaro de. **Litigância de má-fé e o direito de defesa**. 2011. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/litigancia-de-ma-fe-e-o-direito-de-defesa>>. Acesso em: 27 out. 2019.

STÜRNER, Rolf. Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil. Trad. Márcio F. Mafra Leal. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 193, mar. 2011.

TAKOI, Sérgio Massaru. O princípio constitucional da segurança jurídica no processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, v. 94, jan./mar. 2016.

TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

TAVARES Filho, Venceslau (coord.). **Relações e influências recíprocas entre direito material e direito processual: estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro**. Salvador: Juspodivm, 2017.

TELLES JR., Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. –56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.

_____. **Curso de direito processual civil**. –49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.

_____. **O processo de execução e as garantias constitucionais da tutela jurisdicional.** Direito e processo: Direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, fev. 2009.

TROCKER, Nicolò. **Processo e costituzione.** Milano: Giuffrè, 1974.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica:** do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.** 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Omissão judicial e embargos de declaração.** São Paulo: RT, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil.** São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. I.