



# A dimensão «vedação à decisão-surpresa» do princípio do contraditório na experiência brasileira e o novo Código de Processo Civil de 2015: reflexões voltadas ao direito peruano

## The insertation of the «decision-surprise prohibition» in the due process of law in the Brazilian experience and the new Code of Civil Procedure of 2015: reflections destined to the Peruvian law

CAMILO ZUFELATO\*  
Universidade de São Paulo

**Resumo:** Este artigo analisa a chamada vedação à decisão-surpresa como uma regra que decorre do princípio do contraditório como uma inovação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, observando o seu plano de incidência, e conclui que tal vedação é ínsita à previsão geral do direito de defesa, portanto aplicável prescindindo de previsão legal expressa, como é o caso do direito peruano.

**Palavras-chave:** decisão-surpresa, contraditório e ampla defesa, novo Código de Processo Civil brasileiro, cognição *ex officio*, matérias de fato e de direito, direito peruano

**Abstract:** This article analyzes the so-called surprise-decision prohibition as a rule that follows from the due process of law and as an innovation of the Brazilian New Code of Civil Procedure 2015, observing its incidence. It concludes that this prohibition is part of the right of defense and therefore applicable without express legal prevision, as is the case of Peruvian law.

**Key words:** surprise-decision, due process of law, Brazilian new Code of Civil Procedure, judge powers, facts issues and law issues, Peruvian law

CONTEÚDO: I. INTRODUÇÃO.- II. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUAS DIMENSÕES.- III. A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA COMO ELEMENTO DE CONTROLE E LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.- IV. O PLANO DE INCIDÊNCIA DAS MATÉRIAS VEDADAS À DECISÃO-SURPRESA.- V. CONTROLE E CONSEQUÊNCIAS DO PROFERIMENTO DE DECISÃO-SURPRESA.- VI. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA AO DIREITO PERUANO.- VII. CONCLUSÃO.

---

\* Doutor em processo civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito pela Università degli Studi di Roma II – Tor Vergata. Professor Doutor de direito processual civil na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Código ORCID: 0000-0003-2920-84-81. Correo electrónico: camilo@usp.br

## I. INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma reflexão sobre o tema da denominada vedação à decisão-surpresa, a qual consiste na impossibilidade de o juiz proferir decisão acerca de questão ou ponto sobre o qual as partes não puderem se manifestar previamente, inclusive —e aí está a novidade legislativa implementada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC)— em relação às matérias cognoscíveis de ofício pelo julgador. É nesse sentido que o tema aqui em comento está imbricado no princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, como princípio que o é, ganha aspecto de universalidade e generalidade, o que propicia uma rica concepção comparatística, inclusive independentemente da existência de norma processual específica que contemple de forma expressa a vedação à decisão-surpresa, uma vez que essa é uma dimensão do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Assim sendo, a hipótese formulada é que mesmo em países como o Peru, no qual não há norma expressa regulamentando essa vedação, como há no Brasil, é possível sustentar a sua aplicabilidade *de lege lata*, como, aliás, ocorreu no próprio Brasil antes da edição da norma, bem como em outros países europeus que são pioneiros nesse tema. A metodologia utilizada será a dedutiva, por meio da qual se apresentará posições doutrinárias, textos legais de diversos países, e também julgados, para concluir que se trata de uma regra compatível com o *principio de contradicción* estatuído na Constituição Peruana, no art. 139, 14, e que, portanto, deveria ser aplicada em que pese não tenha sido explicitamente prevista pelo legislador infraconstitucional.

## II. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUAS DIMENSÕES

Tem sabor de lugar comum a assertiva de indispensabilidade de respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa para a validade e eficácia dos provimentos jurisdicionais. A Constituição Federal Brasileira alberga o princípio no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, inciso 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»—, e para muitos tal princípio também está insertado no interior da cláusula constitucional do devido processo legal, art. 5º, inciso LIV: «ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal», uma vez que o inafastável direito de as partes poderem deduzir suas razões em juízo é indispensável para um processo justo, marcado pelo *due process of law*.

## 23

A Constituição brasileira é relativamente recente, promulgada em 1988, num momento de transição democrática, logo após o tenebroso regime militar no qual as garantias processuais das partes haviam sido alijadas em flagrante afronta aos direitos fundamentais, inclusive os de natureza processual, de modo que a Constituição vigente é repleta de explicitações desses direitos fundamentais processuais. É o caso do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, os quais, ao serem constitucionalizados, afastou-se qualquer dúvida acerca da sua aplicabilidade imediata no campo jurisdicional e também administrativo.

É bem verdade que a indispensabilidade do contraditório na experiência jurídica de sistemas democráticos é tão evidente que, ainda que não houvesse previsão constitucional expressa contemplando o princípio, o seu conteúdo expressa a própria dialeticidade do processo, de forma que não seria possível desconsiderar os seus matizes sob o argumento de ausência de norma expressa —seja constitucional ou infraconstitucional—. Essa, aliás, é a ideia central por trás do conceito de processo de Elio Fazzalari: processo é procedimento em contraditório; o que anima os atos processuais, das partes ou do juízo, é a bilateralidade consistente no contraditório. Sem contraditório, não há processo (Fazzalari, 1996).

A natureza constitucional do princípio do contraditório não está somente relacionada com a necessidade de as partes exercitarem o direito de defenderem suas pretensões, ao mesmo tempo em que contrariam as pretensões da contraparte, mas também à ideia de que é o contraditório que permite a *participação* com o fito de *influenciar*, especialmente como *mecanismo político-jurídico de controle do poder jurisdicional*. Em outras palavras, o princípio do contraditório encerra em si um direito fundamental de provimento jurisdicional justo e adequado —vale lembrar a expressão de *giusto processo* dos italianos—, que tenha sido produzido *com e pela* participação dos litigantes, e *para* eles<sup>1</sup>.

Essa a razão para se imbricar no campo infraconstitucional, processual mesmo, para identificar as dimensões contidas nessa verdadeira cláusula geral denominada princípio do contraditório, a fim de revelar como a doutrina, a jurisprudência, e mais recentemente a lei, evoluíram e passaram a contemplar uma nova dimensão do princípio do contraditório, que ao menos no Brasil tem sido chamada de *vedação à decisão-surpresa*.

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO  
  
THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

1 «O que prevalece, portanto, é o que o contraditório do *processo justo* vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um *diálogo entre o juiz e as partes*, garantindo ao processo "uma atividade verdadeiramente dialética", em proporções que possam redundar não só em um *procedimento justo*, mas também em uma *decisão justa*, quanto possível» (Theodoro, 2016, p. 86).

Em um conceito doutrinário,

decisão-surpresa é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida. Ou seja, a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém —exceto o seu prolator— tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimento ou manifestação acerca de seus fundamentos (Souza, 2014, p. 136).

Isso porque, tradicionalmente, o princípio do contraditório sempre foi identificado com a máxima *auditor et altera pars*, o que entre nós é conhecido pela bilateralidade da audiência, ou seja, as partes precisam ser ouvidas para que o órgão decisório emita sua decisão. Sem a prévia oitiva das partes não há como exercitar o contraditório, ou seja, não há como apresentarem suas razões e se contraporem às razões da contraparte. Nesse sentido, o binômio *notificação* (indispensável) e *participação* (dispensável), como o núcleo fundamental do contraditório e da ampla defesa, proporciona *informação* e *reação*, construindo a *dialecicidade estruturante* de toda e qualquer relação processual.

Evidentemente, a bilateralidade de audiência continua a ser a essência do princípio do contraditório, mas com alguns desdobramentos, decorrências mesmo, que têm gerado uma nova percepção desse princípio. Se a participação das partes sempre foi com o intuito de fazer valer suas pretensões, é claro que o escopo maior de tal participação é influenciar o órgão julgador para o proferimento de decisão que lhe seja favorável. Logo, o contraditório também tem como função potencializar ao máximo a capacidade de as partes influenciarem o julgador. Participar é permitir influenciar.

No Brasil, e também em outros países como Itália e Portugal, essa interação das partes com o julgador, com vistas à promoção de um processo justo, passa a ser denominada de *cooperação* ou *colaboração processual*<sup>2</sup>, que acabou por ressignificar o princípio do contraditório, um aspecto que até então não era destacado como sendo uma característica do princípio.

2 Princípio esse que também foi explicitado no Novo CPC brasileiro (art. 6°): «Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva».

Em passagem emblemática, a doutrina brasileira enfatiza que a vedação à decisão-surpresa decorre da maior intensificação da colaboração entre os sujeitos processuais.

Por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de *terza via*. Há proibição de decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado: as partes têm o direito de confiar que o resultado do processo será alcançado mediante material previamente conhecido e debatido. Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica que deve ser interpretada e aplicada para a solução do caso concreto. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável que as partes tenham a possibilidade de pronunciarem-se sobre tudo que possa servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões em que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10º, CPC). Fora desse contexto, há evidente violação à colaboração e ao diálogo no processo, com afronta inequívoca ao dever judicial de consulta e ao contraditório. Essa exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no interesse público de chegar-se a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum com uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Isso porque o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constringe ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de democratização do processo. De outro, reforça a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera legitimamente que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 162).

Trata-se da chamada vedação à decisão-surpresa, que nada mais é que uma dimensão do princípio do contraditório, segundo a qual as partes não podem ser surpreendidas por decisão sobre questão que não fora expressa e previamente debatida, incluindo as tradicionais matérias cognoscíveis de ofício, as quais, numa visão mais tradicional de contraditório, não dependiam de prévio debate entre as partes. Em outras palavras, a vedação à decisão-surpresa como conteúdo do contraditório expressa a necessária compatibilidade entre o dever de prestação jurisdicional justa, célere e efetiva, e a participação para influenciar, que é direito fundamental das partes.

25

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO

THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

Vê-se, portanto, o princípio do contraditório com dimensões distintas: a de permitir a participação como expressão da defesa dos próprios interesses, e a de ver nessa participação a capacidade influenciar o órgão julgador<sup>3</sup>. Na primeira, a ideia tradicional de notificação e participação; na segunda, participação e influência.

O Código de Processo Civil de 2015 bem ilustra essas dimensões do princípio do contraditório em três artigos, no capítulo das normas fundamentais do processo civil, da seguinte forma:

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

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

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Os artigos 7º<sup>4</sup> e 9º<sup>5</sup> focam a ideia de contraditório como necessidade de participação e paridade de armas, inclusive no chamado *contraditório diferido*, que consiste na possibilidade de decisão *inaudita altera parte* quando presentes requisitos de urgência ou de evidência, ao passo que o art. 10 foca explicitamente a ideia de indispensabilidade de oportunidade de defesa sobre questão que poderá ser objeto de decisão, evitando-se, assim, a chamada decisão-surpresa.

É praticamente de natureza didática essa explicitação em três artigos distintos sobre o conteúdo do princípio do contraditório, visando

3 Há também quem fale que participar é a dimensão formal do princípio, e influenciar é a dimensão substancial; (Didier, 2015b, p. 79).

4 Eis a ideia de igualdade e contraditório como a concepção mais tradicional de que contraditório é paridade de armas e defesa, no sentido de produção de todo o arsenal argumentativo e probatório a fim de fazer prevalecer a posição de quem o utiliza.

5 Eis a regra básica da *bilateralidade da audiência, auditur et altera parte*. Que comporta exceções, não somente em função da urgência ou da evidência, como está estampado nos incisos, mas, sobretudo, pela ideia de que o uso da norma se condiciona ao afastamento de um prejuízo. Se não há prejuízo, não há que se aplicá-la, como a improcedência liminar do pedido do art. 332 do CPC/15 e a desnecessidade de oitiva do réu —que se beneficia com a decisão—.

destacar a novidade legislativa que consiste no tratamento da vedação à decisão-surpresa. Conforme se verá em outro momento, não significa que a obediência a essa dimensão do princípio do contraditório dependa de previsão legal, mas tão somente que a escolha do legislador brasileiro tem o fito didático de reforçar tal indispensabilidade.

Em realidade, o Brasil seguiu uma tendência legislativa de outros países europeus que, recentemente, introduziram em seus códigos processuais civis norma explicitadora dessa exigência do princípio do contraditório, em especial Alemanha, França, Itália e Portugal<sup>6</sup>.

Aponta a doutrina que o primeiro país a introduzir em seu ordenamento processual a vedação à decisão-surpresa foi a Alemanha, com a proibição da *Überraschungsentscheidung*, que foi instituída pela *Vereinfachungsnovelle* de 1976, com a redação da *Zivilprozessordnung* (ZPO) 278, III. O instituto seguiu evoluindo e se aperfeiçoando, e atualmente está regulado na ZPO (*Materielle Prozessleitung*, 139, 2)<sup>7</sup>, com redação dada pela reforma de 2001 (Nery, 2016, p. 266). Acerca do tratamento legal dado pela Alemanha, Nery informa que:

A mudança do texto anterior da ex-ZPO § 278, III, para o atual, da vigente ZPO § 139, 2, é significativa. No texto anterior, eram objeto da proteção apenas as situações *jurídicas*, ao passo que na redação atual qualquer situação, *de fato* ou *de direito*, é alcançada pela proteção contra decisão-surpresa. Outra alteração é relativa à obrigatoriedade de o tribunal *fazer a advertência às partes*, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que possam ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, possam ser decididas pelo juiz. Esse dever de advertência não constava da redação revogada, embora tenha sido sempre considerada, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como necessária. O *dever de advertência* atribuído ao juiz tem sido considerado pela doutrina como o *núcleo central* do princípio constitucional do contraditório (2016, p. 267).

Na França, o Código de Processo Civil regulamentou o tema no art. 16, de forma mais explícita na parte final, prescrevendo que

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les

6 Acerca da análise do direito estrangeiro sobre o tema, cfr. Mallet (2014). O autor menciona que também a Áustria proíbe em seu CPC as decisões-surpresa: «182a. Consoante o comentário de Albert Henke, diante da nova regra legal, "il giudice deve discutere con le parti le loro allegazioni in fatto e in diritto, evitando di pervenire a decisioni, appunto, 'a sorpresa', frutto di propri convincimenti non sottoposti al necessario preventivo vaglio di queste ultime"» (p. 402).

7 «The court may base its decision on an aspect that a party has recognisably overlooked or has deemed to be insignificant, provided that this does not merely concern an ancillary claim, only if it has given corresponding notice of this fact and has allowed the opportunity to address the matter. The same shall apply for any aspect that the court assesses differently than both parties do» (na tradução inglesa).

moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. *Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* (grifo meu).

Na Itália, o tema é conhecido como *decisione della terza via* ou também *sentenze a sorpresa* (sem dúvida essa é a influência para a nomenclatura usualmente utilizada no Brasil) e tem como fundamento normativo duas normas, ambas do Código de Processo Civil italiano:

Art. 101, comma 2:

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.

Art. 183, comma 4:

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.

Importante destacar que na Itália o *comma 2* do art. 101 foi inserido somente em 2009, mas antes disso a *Corte di Cassazione* italiana já entendia, mesmo sem texto de lei, a proibição de decisões de *terza via*<sup>8</sup>. Acerca das profundas discussões doutrinárias que comentam as posições jurisprudenciais da *Cassazione* antes da alteração legislativa, embora houvesse vozes no sentido de não haver nulidade na decisão *di terza via*, a posição majoritária e prevalente é no sentido de que tais decisões são sim nulas<sup>9</sup>.

E acerca da redação dada ao art. 183, *comma 4*, do Código de Processo Civil italiano, que fora inserido no âmbito da chamada audiência *di trattazione* (que grosso modo equivalente, em razão das atividades judiciais desenvolvidas, à audiência de saneamento do direito brasileiro),

8 «Anche nel sistema anteriore all'introduzione del secondo comma dall'art. 101 cod. proc. civ. (a norma del quale il giudice, se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve assegnare alle parti "a pena di nullità", un termine "per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione") operata con l'art. 45, comma 13, della legge 18 giugno 2009, n. 69, il dovere costituzionale di evitare sentenze cosiddette "a sorpresa" o della terza via, poiché adottate in violazione del principio della "parità delle armi", aveva un preciso fondamento normativo, costituito dall'art. 183 cod. proc. civ., che al terzo comma (oggi quarto, in virtù di quanto disposto dall'art. 2, comma 3, lettera c-ter, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 28 dicembre 2005, n. 263) fa carico al giudice di indicare, alle parti, "le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione"» (Sassani & Genovese, 2014, p. 283; Cassazione, 7 novembre 2013, n. 25.504).

9 Em especial cfr. os vários comentários à sentença Corte di Cassazione, la n. 14637/01: Luiso (2002); Chiarloni (2002); Consolo (2006); Sommaggio (2007).

a jurisprudência da *Cassazione* reconhece expressamente que o juiz não pode basear sua decisão em matéria fática que não foi debatida entre as partes<sup>10</sup>.

Também o direito processual civil português, na reforma recente ao qual foi submetido para a edição no novo Código de Processo Civil, adotou regra expressa no sentido de contemplar a vedação à decisão-surpresa. Nos termos do art. 3, 3:

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

Em síntese, as legislações processuais mais recentes do *civil law* seguiram a senda de expressamente prever a impossibilidade de decisões judiciais baseadas em questões para as quais não foi dada oportunidade das partes se manifestarem, portanto impeditivas da participação das partes na influência do julgador. Mesmo nos países em que a regra da vedação-surpresa foi positiva recentemente, doutrina e jurisprudência admitiam a sua vigência independentemente de texto legal.

### III. A VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA COMO ELEMENTO DE CONTROLE E LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

A função mais relevante da vedação à decisão-surpresa é impor limites à atuação jurisdicional no ato de julgar. É evidente que a oitiva das partes em situações ordinárias, relativas aos seus próprios interesses, sempre foi uma exigência a ser respeitada, sob pena de violar o contraditório e o devido processo legal. Mas no tocante às *matérias cognoscíveis de ofício*, essas estavam resguardadas da exigência de oitiva prévia das partes, tal como se elas não fossem as destinatárias da prestação jurisdicional. O protagonismo estava todo centrado na figura do juiz e seu papel de aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto, por isso mais importante por fim ao processo que oferecer tutela jurisdicional adequada.

A vedação à decisão-surpresa limita a atuação jurisdicional restabelecendo as partes no centro da prestação jurisdicional, de forma

10 «È vietato al giudice porre alla base della propria decisione fatti che non rispondano ad una tempestiva allegazione delle parti, ovvero il giudice non può basare la propria decisione su un fatto, ritenuto estintivo, modificativo o impeditivo, che non sia mai stato dedotto o allegato dalla parte o comunque non sia risultante dagli atti di causa, e che tale allegazione non solo è necessaria ma deve essere tempestiva, ovvero deve avvenire al massimo entro il termine ultimo entro il quale nel processo di primo grado si determina definitivamente il *thema decidendum* ed il *thema probandum*, ovvero entro il termine perentorio eventualmente fissato dal giudice *ex art. 183, quinto comma, c.p.c.*» (Cassazione 14581).

a dar novo sentido ao tradicionalíssimo princípio do contraditório e da ampla defesa como fundamento limitador da atuação jurisdicional.

Como bem observado pela doutrina, a publicização do direito processual não autoriza decisões arbitrárias no sentido de suprimir a oitiva prévia das partes:

A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material (Tucci, 2015, p. 278).

Pode parecer óbvio, mas nem sempre assim é reconhecido, o contraditório também é destinado ao juiz, no exercício de oportunizar as manifestações das partes, instrui o feito e, a partir daí, forma o seu convencimento<sup>11</sup>.

#### IV. O PLANO DE INCIDÊNCIA DAS MATÉRIAS VEDADAS À DECISÃO-SURPRESA

Em primeiro lugar, no plano subjetivo, se o princípio do contraditório visa permitir a participação com vistas à influência do julgador, é claro que a vedação à decisão-surpresa não se restringe ao autor e réu do processo, mas se estende também para os *terceiros intervenientes*, o *Ministério Público*, quando esse atuar se dá na qualidade de fiscal da ordem jurídica, e também o *amicus curiae*, nos processos em que for admitido (Bueno, 2015). Isto significa que o órgão julgador deverá, sempre, ouvir todos os interessados antes de proferir decisão judicial que lhes afete diretamente —no caso das partes e dos terceiros intervenientes— e também os representantes de interesses sociais relevantes ou de grupos sociais, como é o caso do Ministério Público ou dos *amici curiae*.

No plano objetivo, ou seja, as matérias que dependem de prévia oitiva das partes antes de pronunciamento judicial, a redação legal do art. 10 do Código de Processo Civil brasileiro utiliza a expressão *fundamento* a

11 «Além disso, atualmente enfatiza-se que o próprio juiz deve, ele mesmo, observar o contraditório. Há um "dever de diálogo" do juiz com as partes. Por exemplo, se de ofício o juiz traz um novo elemento probatório para o processo ou constata a provável existência de um feito de ordem pública (apto em tese a gerar a extinção anormal do processo), em vez de decidir diretamente, cabe-lhe ouvir antes as partes. Longe de ser um mero formalismo, o debate do juiz com as partes, além de consentâneo com o caráter ético do processo, assegura decisões de melhor qualidade. Esse aspecto do princípio é extraordinariamente destacado no Código de Processo Civil de 2015» (Wambier & Talamini, 2015, p. 81).

respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, destacando ainda que tal vedação recai também em *matéria* sobre a qual deva decidir de *ofício*. É evidente que as expressões *fundamento* e *matéria* são dotadas de múltiplos sentidos no campo processual, de forma que se faz necessária uma aproximação do conteúdo de tais termos.

Em primeiro lugar, antes mesmo de enfrentar esse tema, e sobretudo para esclarecer a aplicação da vedação à decisão-surpresa sobre matéria cognoscível *ex officio*, é importante deixar claro que *conhecer* de *ofício* não é o mesmo que *julgar* de *ofício*, ou julgar sem prévio contraditório. O fato de haver, no direito processual, um conjunto de matérias que em função da relevância processual que possuem autorizam que o juiz as conheça, independentemente de requerimento das partes —que em expressão já ultrapassada eram também chamadas matérias de ordem pública—, tais matérias permitem somente que o juiz levante a discussão sobre essa questão, para estimular o debate entre as partes para o julgamento. *Conhecer de ofício sim, mas julgar sem o prévio contraditório não*<sup>12</sup>.

Essa distinção é importante, pois a redação legal do art. 10 do Código de Processo Civil brasileiro sujeita ao contraditório mesmo as decisões sobre tais matérias cognoscíveis *ex officio*, como é o caso emblemático da prescrição e da decadência. Afora essas, há inúmeras outras decisões que são relevantíssimas para o processo e que tradicionalmente eram vistas como de dispensável oitiva prévia das partes, como, por exemplo, os pressupostos processuais e condições da ação (*vide* artigos 278, 330, 337, 485, por exemplo, do Código de Processo Civil de 2015). Mesmo a imposição de multa aos litigantes de má-fé ou atos atentatórios à dignidade da justiça, o Código exige que haja previa manifestação da parte, art. 77, § 1º e 2º, e art. 772, ambos do Código de Processo Civil.

Além das questões cognoscíveis de *ofício*, é preciso analisar melhor a expressão *fundamentos*, que o art. 10 emprega. Como toda matéria discutível no processo se relaciona com matéria de fato e matéria de direito, esse parece ser o melhor enquadramento para se verificar o espectro de aplicabilidade da vedação à decisão-surpresa.

Considero que a maior relevância, posto que há maior âmbito de aplicação, se dê em relação às matérias de direito. Isso porque é bastante tradicional entre os países de *civil law* a máxima de que o julgador sempre

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO  
  
THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

12 «O dispositivo proíbe que o órgão julgador profira decisão baseada em questão, qualquer questão, a respeito da qual não foi oferecida à parte a oportunidade de manifestação. A regra aplica-se às questões em que o órgão julgador pode conhecer *ex officio*, como as que dizem respeito à admissibilidade do processo (art. 485, § 3). Surge, então, uma distinção que é muito útil e pouco lembrada. Uma característica é o órgão julgador poder conhecer de *ofício*, poder agir de *ofício*, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. *Poder agir de ofício é poder agir sem provocação*» (Didier, 2015a, p. 37).

pode qualificar juridicamente os fatos de maneira livre, consecutória do brocardo *iura novit curia* vigente também no direito brasileiro.

É claro que a adoção expressa da vedação à decisão-surpresa não impossibilitou que o juiz proceda ao enquadramento jurídico dos fatos alegados; ela tão somente impõe uma limitação no sentido de que se o juiz entender que o fundamento jurídico aplicável ao caso é outro, distinto daquele trazido pelas partes, ou o sentido do fundamento jurídico é diferente do sentido sustentado pelas partes, o juiz tem o dever de permitir que as partes se manifestem sobre esse fundamento jurídico ou sentido jurídico da norma que ele entente aplicável. Como aponta a doutrina, «[...] o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto. Isso quer dizer que a máxima do *iura novit curia* continua plenamente vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes» (Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016, p. 162). A discussão sobre os fundamentos jurídicos envolvidos na demanda se aplicam até mesmo para as questões de inconstitucionalidade de ato jurídico aplicável ao caso<sup>13</sup>.

A doutrina reputa que essa limitação ao enquadramento jurídico da *causa petendi* se justifica no modelo de Estado Constitucional que o Brasil possui e o modelo democrático de processo que está plasmado no país, de forma que até mesmo a segurança jurídica estaria violada se o juiz surpreendesse as partes com fundamento jurídico não discutido antes da decisão<sup>14</sup>.

Já quanto à matéria fática, a aplicação da vedação à decisão-surpresa merece um cuidado especial. Isso porque vige no Brasil o *princípio da demanda*, segundo o qual são as partes que definem o material fático que compõe o *thema decidendum*, de maneira que qualquer ampliação ou redução de tal *thema* viola o princípio da demanda e, portanto, se está diante de um vício decisório que nulifica a decisão<sup>15</sup>. Ou seja, ainda

13 «Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em um argumento, uma questão jurídica ou uma questão de fato não postos pelas partes no processo. Perceba: o órgão jurisdicional, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplica ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: «Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda» (Didier, 2015b, p. 81).

14 «Na quadra do Estado Constitucional e tendo em conta a linhagem metodológica do formalismo valorativo, o direito ao contraditório impõe o dever de o juiz propiciar às partes o debate a respeito do material jurídico recolhido ao longo do processo, o que decorre, além da previsão expressa do Código de Processo Civil (arts. 9º e 10º), da própria estrutura democrática do processo justo» (Domit, 2016, p. 305).

15 «De fato, o réu deve e pode manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados pelo Autor (CPC, art. 302, *caput*), diante do pedido deduzido. Já o que o autor não aduz como elemento da causa de pedir ou o que ele não pede – ainda que o pudesse fazê-lo –, não integra o contraditório. [...] Via de consequência, aquilo que não integra o processo, por não ter sido pedido ou por não ter integrado a causa de pedir, aquilo sobre o que não se pronunciou o réu, não pode ser invocado ao ensejo do julgamento sem evidente ofensa do direito de defesa e, por conseguinte, violação do devido processo legal» (Mallet, 2014, p. 392).

## 33

que se admitida a possibilidade de o julgador apreciar matéria fática de ofício, tais matérias devem estar limitadas à *causa petendi* expressamente deduzida pelas partes. Mais do que decisão-surpresa, o juiz está limitado à *causa petendi* definida pelas partes<sup>16</sup>.

Assim sendo, haveria matéria fática a ser cognoscível *ex officio* pelo julgador? A resposta é sim. Dentro dos limites da *causa petendi*, o juiz pode levar em conta, ao decidir, fatos que restaram comprovados ao longo do processo, inclusive porque se aplicam cada vez com maior vigor os poderes de *instrução probatória de ofício*. Nesse sentido, aliás, chamo à colação o direito estrangeiro, que expressamente prevê a incidência da regra da vedação à decisão-surpresa também às questões fáticas, como o Código de Processo Civil português, ao mencionar «questões de direito ou de fato», e também a reforma da ZPO alemã que, segundo Nery Junior, «no texto anterior eram objeto da proteção apenas às situações jurídicas, ao passo que na redação atual qualquer situação, *de fato* ou *de direito*, é alcançada pela proteção contra decisão-surpresa» (2016, p. 267). Em suma, também os fatos estão sujeitos à vedação à decisão-surpresa.

Em síntese, por trás da expressão legal *fundamento* do art. 10, deve-se entender as *questões de fato* e *de direito*, desde que compreendidas nos limites do *thema decidendum* definido pelas partes na *causa de pedir* e no *pedido*. Tanto para as questões fáticas, que podem surgir, sobretudo, por meio da instrução probatória de ofício, quanto para as questões de enquadramento dos fundamentos jurídicos de tais fatos, é indispensável que haja contraditório prévio a fim de evitar decisão-surpresa<sup>17</sup>. «Dessa forma, resta consagrada a imposição legal do contraditório efetivo, para interditar as “decisões-surpresas”, fora do contraditório prévio, tanto em relação às *questões novas*, como a *fundamentos* diversos daqueles com que as *questões velhas* foram previamente discutidas no processo» (Theodoro, 2016, p. 87).

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO  
  
THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

16 «Cabe destacar, por fim, que a palavra “fundamento” empregada pelo dispositivo não está sendo usada como sinônimo de “causa de pedir”. O art. 10 não está a autorizar que a causa de pedir seja alterada pelo magistrado desde que as partes sejam previamente ouvidas. À hipótese, prevalece a vedação expressa do art. 141 e, de forma mais ampla, do princípio da vinculação do juiz ao pedido, preservado pelo novo Código de Processo Civil. Por isso mesmo, importa compreender “fundamento” de forma ampla, a título de “argumento” ou de “razões” aptas para justificar a decisão a ser tomada pelo magistrado. É sobre esse argumento (ou essas razões) que as partes devem ser ouvidas. Após sua discussão específica, segue-se a decisão» (Bueno, 2015, p. 48).

17 «Por conta disso, nos limites do pano de fundo estabelecido pela causa de pedir e pedido, ao juiz sempre foi dada a possibilidade de enquadramento da pretensão na melhor moldura oferecida pelo ordenamento jurídico, o que se encontra consagrado nas máximas *iura novit curia, la court connaît le droit* ou *narra mihi factum dabo tibi ius*. [...] Ainda que assim o seja, o fato de o juiz poder conhecer de ofício do direito não o desonera do dever de submeter sua perspectiva jurídica previamente às partes, acaso os horizontes de discussão do processo não tivessem apreendido aquela. Noutras palavras, sempre que o campo de visão do juiz alcançar questão não constante daquele compartilhado pelas partes no processo, deverá dar a oportunidade para elas se manifestarem previamente sobre o tema» (Gajardoni, Delloro, Roque & Oliveira, 2015, p. 65).

## V. CONTROLE E CONSEQUÊNCIAS DO PROFERIMENTO DE DECISÃO-SURPRESA

O contraditório baseia-se em um direito das partes de serem ouvidas, e por consequência em um dever do juiz de não decidir sem antes proporcionar a manifestação das partes. Compreendido, portanto, como um *dever* do julgador de evitar decisões-surpresa, é preciso apontar como se *controla* a atuação jurisdicional a fim de se verificar o respeito a esse dever, bem como inferir as *consequências do seu descumprimento*.

Quanto ao controle, dois são os mecanismos propícios. O primeiro é deixar claro que, na *fase de saneamento do processo*, o julgador já terá tomado contato com os fundamentos de fato e de direito aportados pelas partes, de forma que o magistrado já terá condições de, caso entenda pela mudança do enquadramento jurídico do pedido, ou da necessidade de ampliação da cognição sobre os fatos alegados, inclusive quanto aos meios de prova a serem produzidos, já deverá o juiz, nessa fase processual, oportunizar que as partes se manifestem sobre tais aspectos. O fundamento legal para tanto é o art. 357 do Código de Processo Civil de 2015, que impõe a fixação sobre as questões de fato e as questões de direito nesse ato<sup>18</sup>.

Este seria um primeiro limite imposto ao julgador para se evitar o proferimento de decisões-surpresa. O segundo, posterior a esse, é o momento próprio em que a decisão é proferida, pois a fundamentação empregada pelo juiz ao decidir é que dirá se o ato decisório se baseou ou não em fundamento que não fora previamente discutido pelas partes. Em reforço a essa ideia de que a motivação decisória é que revela o elemento surpresa, o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 foi bastante preciso no sentido de se exigir o esgotamento da análise, os fundamentos trazidos pelas partes ao processo.

Segundo o dispositivo legal, «não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador». É claro que, à primeira vista, o código simplesmente exige que o julgador indique os fundamentos, *todos eles*, que foram alegados pelas partes que, em princípio, justificariam a procedência ou improcedência do pedido. Olhando mais de perto o dispositivo, pode-se concluir que se o juiz

18 «Em síntese, portanto, o que se sustenta é que a máxima *iura novit curia* deve ser utilizada pelo juiz, nos casos em que permitida, no momento temporalmente propício para tanto. Este, pela própria aplicação das regras previstas no Código, corresponde à fase de saneamento e organização do processo, momento em que o juiz deverá alertar as partes para que levem em consideração, a partir daí, durante a fase instrutória e até o final do processo, a renovada perspectiva da qualificação jurídica dos fatos trazida pelo órgão jurisdicional. Passado esse momento e estabilizado o objeto litigioso —isto é, estabelecidas “as questões de fato sobre as quais recairá a instrução probatória” e “as questões de direito relevantes para a decisão de mérito” (art. 357, II e IV)— não deverão ser admitidas modificações» (Domit, 2016, p. 303).

precisa fundamentar sua decisão enfrentando todos os fundamentos trazidos pelas partes, *a contrario sensu*, é claro que ele não poderia fundamentá-la em razão que não foi sequer debatida pelas partes.

Portanto, como forma de controle da decisão-surpresa, é necessário cotejar o fundamento empregado pelo juiz para decidir a questão com os fundamentos debatidos pelas partes ao longo do processo. Caso não tenha havido prévio debate sobre o fundamento invocado, está-se diante de uma decisão viciada. E que consequência decorre de tal vício? Quais as consequências do proferimento de uma decisão-surpresa?

A discussão acerca de que se trataria de sentença nula ou anulável foi fecunda da doutrina italiana pré-alteração legislativa, que cravou posição no sentido de que se trata de decisão *nula*; esse é o mesmo entendimento que tem prevalecido no direito brasileiro, sob o argumento de que a decisão-surpresa viola princípio constitucional, e, portanto, a decisão é nula<sup>19</sup>. A nulidade está relacionada com um *error in procedendo*, na medida em que o julgador suprimiu o direito de manifestação e influência da parte (Mallet, 2014, p. 413).

## VI. A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO-SURPRESA AO DIREITO PERUANO

No direito processual peruano, em que pese a inexistência de regra legal *expressa* no sentido de proibir as decisões-surpresa, não há como negar o valor normativo que está no cerne do contraditório e da ampla defesa, com todos os seus consectários, inclusive a inafastável necessidade de as partes se manifestarem sobre toda e qualquer questão sobre a qual se fundamenta uma decisão judicial. Dessa maneira, conluo pela aplicação, no Peru, do princípio do contraditório na sua dimensão vedação à decisão-surpresa. Essa conclusão baseia-se em dois argumentos jurídicos.

O primeiro no sentido de que a Constituição peruana estabelece como *principio y derecho de la función jurisdiccional*: «Artículo 139 [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad». Decorre da ideia de que ninguém será privado do direito de defesa em nenhum estado do processo, à conclusão de que o contraditório compreenda

19 «Ressalta-se, por fim, que a consequência da inobservância da norma encampada neste dispositivo é a nulidade da decisão-surpresa, também denominada "decisão de terceira via", mesmo que não cominada expressamente. E a penalidade justifica-se pelo simples fato de que ela contraria norma fundamental do novo Código de Processo Civil e da própria Constituição Federal» (Carneiro, 2015, p. 81).

*qualquer estado do processo* e também *qualquer questão processual*, pois claramente o constituinte está a tutelar o jurisdicionado do arbítrio do poder jurisdicional.

E acerca da força do princípio do contraditório no direito processual peruano, Monroy destaca com brilhantismo que

no hay posibilidad de tramitar validamente un proceso si es que éste no consiste en un intercambio de posiciones, fundamentos, médios probatorios, alegatos de los interesados y directamente afectados con lo que se resuelve al final de éste. Reiteramos, la idea prevaleciente no es que se produzca en la práctica el contradictorio, sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, en consecuencia, el principio de contradicción es abstracto (2009, p. 179).

Nota-se, portanto, a indispensabilidade do contraditório na validação da tramitação especial, e o intercâmbio de posições, fundamentos e alegações dos interessados, situações essas que se amoldam perfeitamente às hipóteses de proibição de decisão-surpresa.

Mais enfática ainda é a seguinte passagem do autor, que se aplica à perfeição ao tema do contraditório vedação-surpresa: «Afirmamos que —salvo situaciones excepcionales previstas por la norma procesal— *en un proceso un juez no expedirá decisión que afecte a las partes sin antes conocer cuál es la posición de éstas partes al respecto, o por lo menos hasta no haberles concedido la oportunidad de expresarla*» (Monroy, 2009, p. 179, grifo meu). É bastante clara a posição defendida por Monroy de que o juiz não poderá proferir decisão sem antes ouvir as partes, preceito esse que evidentemente deve-se aplicar inclusive para aquelas matérias que poderia conhecer sem a oitiva das partes.

Ainda do mesmo autor, em outra obra, nota-se a significância da participação das partes para a validade da decisão judicial, especificamente em torno do *principio de contradicción*: «También se le conoce como principio de la bilateralidad y, como su nombre lo indica, consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes, aún cuando más específicamente queremos decir que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna al contrario» (Monroy, 2004, p. 311). Uma forma de interpretar essa informação prévia é estendê-la inclusive para as matérias cognoscíveis de ofício pelo julgador<sup>20</sup>.

20 Em outra doutrina também peruana, nota-se a mesma relevância dada à participação: «El proceso como instrumento para ejercicio de la función jurisdiccional debe tener sus procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la contradicción, el derecho de las partes a aportar el proceso los hechos que respalden sus afirmaciones haciendo uso de los medios probatorio [...]» (Carrión, 2000, pp. 39-40).

## 37

Também é digna de destaque uma emblemática passagem da doutrina peruana que relaciona o contraditório não somente como um direito das partes de participarem, mas também como instrumento de aplicação a ser respeitado pelo juiz, inclusive mencionando expressamente a busca pela colaboração com as partes: «[...] si bien se ve que el contradictorio no solamente constituye un medio de lucha entre las partes, sino tanto más un instrumento operativo para el juez y, por consiguiente, un momento fundamental del juicio. Desde esta óptica, el contradictorio deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por el juez con la colaboración de las partes» (Hurtado, 2009, p. 104).

Isso significa a absoluta dispensabilidade de previsão legal expressa vedando as chamadas decisões-surpresa para que esse princípio esteja vigente e aplicável em um país. Como reforço a essa conclusão, é importante ter claro que a doutrina brasileira, mesmo antes da edição do novo código de processo civil, já entendia aplicável ao direito pátrio a vedação à decisão-surpresa<sup>21</sup>. Assim também já se posicionou a doutrina antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil brasileiro: «Ou seja, previsão expressa proibitiva de decisão-surpresa, ainda que útil, em rigor, é desnecessária. Sua falta não prejudica a garantia. Ganha nova luz e atualidade, no fundo, a velha referência de Carlos Antonio Cordeiro, feita ainda no século XIX, no rol dos princípios fundamentais de Direito, ao contraditório, nos seguintes termos: “ouvir se deve a parte em matérias que lhe podem prejudicar” e “ouvir se deve a parte antes de proceder”» (Mallet, 2014, p. 405).

A jurisprudência brasileira vai no mesmo sentido, ou seja, há inúmeras decisões, de tribunais locais<sup>22</sup> e também do Superior Tribunal de Justiça<sup>23</sup>, condenando fortemente as decisões-surpresa. Em emblemática passagem, o STJ asseverou que

o Direito Processual não pode ser utilizado como elemento surpresa, a cercar injusta e despropositadamente uma solução de mérito. Com efeito, o Processo Civil muito comumente vem sendo distorcido de

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO  
  
THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

21 Em ordem cronológica, cito dois doutrinadores que sustentavam a aplicabilidade da vedação à decisão-surpresa no Brasil antes do CPC de 2015: Bedaque (2002), Oliveira (2003), Didier (2003), Greco (2005), Cabral (2005), Mitidiero (2009).

22 «Apelação cível. Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. 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» (TJ – RS, 14ª Câmara de Direito Civil, ApCív. n. 70051242725 RS, Rel. Judith dos Santos Mottecy, julg. em 08.11.2012).

23 Inclusive no caso de *prescrição*, que antes do CPC de 2015 era matéria cognoscível de ofício: «Processo civil e tributário. Execução Fiscal. Prescrição intercorrente. Reconhecimento de ofício. Prévias oitivas da Fazenda Pública. Necessidade. Princípio do contraditório. Recurso provido. 1. O contraditório é princípio que deve ser respeitado ao longo de todo o processo, especialmente nas hipóteses de declaração da prescrição *ex officio*. 2. É cabível o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente em execução fiscal desde que a Fazenda Pública seja previamente intimada a se manifestar, possibilitando-lhe a oposição de algum fato impeditivo à incidência da prescrição. Precedentes. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido» (RMS 39.241/SP).

forma a prestar enorme desserviço ao Estado Democrático de Direito, deixando de ser instrumento da Justiça, para se tornar terreno incerto, repleto de arapucas e percalços, onde só se aventuram aqueles que não têm mais nada a perder. A razoabilidade deve ser aliada do Poder Judiciário nessa tarefa, de forma que se alcance efetiva distribuição de Justiça. Não se deve, portanto, impor surpresas processuais, pois estas só prejudicam a parte que tem razão no mérito da disputa. O processo civil dos óbices e das armadilhas é o processo civil dos rúbulas (MC 14.589)<sup>24</sup>.

O segundo argumento é no sentido de que o pertencimento do Peru ao sistema jurídico romanístico, e por consequência ibero-americano, faz com que o país absorva as características e propriedades de todo o sistema, o que equivale dizer que ainda que não houvesse a norma do art. 139 da Constituição peruana —a qual considero fundamento normativo suficiente para a vigência da regra no país—, a existência do princípio do contraditório na dimensão vedação à decisão-surpresa em inúmeros outros países do sistema jurídico ibero-americano justifica a aplicabilidade desse princípio, que tem clara raiz no direito romano (Provera, 1970), pela ideia de pertencimento do ordenamento jurídico de um país a um dado sistema jurídico.

A ideia central de tal raciocínio, que espousei em outro escrito dedicado aos princípios e o sistema jurídico romanístico e ibero-americano (Zufelato, 2015), é no sentido de que os princípios gerais atuam como elemento unificador e harmonizador de todo o sistema jurídico romanístico. Sua origem é muito mais remota que o movimento recente denominado de constitucionalização do direito e também da expansão da força normativa dos princípios, indo além até mesmo da ideia mais tradicional de direito positivo nacional como expressão da soberania de uma nação.

Nesse sentido, a previsão legal expressa de um princípio em um código ou lei nacional é dispensável, se tal princípio for ínsito no sistema jurídico ao qual o país pertence.

A referência do código é, pois, meramente didática, inclusive porque pela própria força dos princípios, é preciso deixar claro que eles não precisam estar positivados para que sejam reconhecidos como parte integrante do sistema. Eis a grande contribuição do sistema jurídico romanístico a todos os povos que o compõem: os princípios são parte integrante de cada ordenamento jurídico, dando-lhes coesão e integridade (Zufelato, 2015, p. 305).

24 Há outros ainda nesse mesmo sentido, como REsp. 1115393/RS. Cfr. Souza (2014, p. 135).

Importante frisar também que a tessitura normativa dos princípios tem como função permitir a interpretação das normas a partir de um texto base, solucionar questões interpretativas ou de lacunas normativas, ao mesmo tempo em que se estabelecem os sentidos possíveis da norma<sup>25</sup>, de modo que é legítimo reconhecer no referido art. 139 da Constituição peruana o marco legal a partir do qual se vedam as decisões-surpresa.

Eis a força do pertencimento ao sistema jurídico romanístico:

A vocação a remeter a princípios gerais do direito é um dado ínsito dos países de tradição romanística, não somente como regras com as quais um sistema jurídico principia, mas sobretudo pela riqueza de ter nos princípios um elemento indispensável na interpretação do sistema como um todo e de cada regra específica nele contida —*potissima pars*, como diriam os romanos—. Importante reconhecer a gênese da função dos princípios no bojo do sistema jurídico para não se imaginar que a força e relevância desses é originária —muito embora tenha sido um passo importante na sua reconfiguração mais moderna— do constitucionalismo atual. Essa tendência é notada no código processual civil modelo para Ibero-América (Zufelato, 2015, p. 306).

## VII. CONCLUSÃO

A evolução do princípio do contraditório redundou na dimensão de cunho colaborativo segundo a qual o juiz está vedado de proferir decisões, ainda que sobre matérias cognoscíveis de ofício, sem antes ouvir as partes. O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 explicitou essa regra, juntamente com outras dimensões do princípio do contraditório, na esteira de uma verdadeira tendência de outros códigos processuais civis europeus recentes.

O conteúdo do princípio do contraditório na dimensão da vedação à decisão-surpresa aplica-se às matérias cognoscíveis *ex officio* pelo julgador, incluindo sobre questões de fato e também no enquadramento jurídico da *causa petendi*, bem como nos casos de aplicação de precedentes judiciais vinculantes —tema que tem recebido alta relevância não só no direito brasileiro, mas também no latino-americano— de forma que se observa uma nítida limitação ao poder jurisdicional, pois há um verdadeiro dever do julgador de ouvir as partes antes de decidir sobre tais questões.

25 «É claro que a ideia do código não é esgotar, no tratamento legislativo, tal como no código modelo, todos os princípios processuais, tarefa essa inclusive inalcançável, tendo em vista que nem mesmo na doutrina há consenso sobre quantos e quais são esses princípios. A ideia é outra, essa sim mais compatível com a função dos princípios: dar um embasamento fundamental ao código, do qual todas as outras regras partem, ou seja, de onde tudo principia —*principium* como *potissima pars*—, bem como estabelecer um dado de natureza interpretativa que guie o intérprete do código a reconhecer, na aplicação de cada regra ou mesmo para suplantiar lacunas, quando houver» (Zufelato, 2015, p. 305).

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO

THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

Não obstante não exista no direito processual civil peruano um dispositivo legal que explicita a regra, como há no direito brasileiro, é possível reconhecer no art. 139, 14, da Constituição peruana, o fundamento normativo que alberga o princípio do contraditório em todas as suas dimensões, inclusive na vedação à decisão-surpresa. Além do mais, por força do sistema jurídico romanístico, é possível sustentar o respeito a esse princípio mesmo na ausência total de uma norma explícita.

## REFERÊNCIAS

- Bedaque, J. R. (2002). Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Em J. R. Bedaque & J. R. Tucci (Coords.), *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Bueno, C. S. (2015). *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva.
- Cabral, A. (2005). Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 449-464.
- Carneiro, P. C. (2015). Comentários ao artigo 10 do CPC. Em T. A. Wambier, F. Didier, E. Talamini & B. Dantas (Coords.), *Breves comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Carrión, J. (2000). *Tratado de derecho procesal civil* (vol. I). Lima: Grijley.
- Chiarloni, S. (2002). La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?. *Giurisprudenza Italiana*, 7, 1362-1365.
- Consolo, C. (2006). Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze. *Il Corriere Giuridico*, 4, 508-509.
- Didier, F. (2003). Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista de Direito Processual Civil*, 8(29), 505-516.
- Didier, F. (2015a). Comentários ao artigo 10 do CPC. Em A. Cabral & R. Cramer (Coords.), *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense.
- Didier, F. (2015b). *Curso de direito processual civil* (vol. 1, 17.<sup>a</sup> ed.). Salvador: Juspodivm.
- Domit, O. A. (2016). *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Fazzalari, E. (1996). *Instituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM.
- Gajardoni, F., Dellore, L., Roque, A. & Oliveira, Z. (2015). *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015, Parte geral*. São Paulo: Forense.
- Greco, L. (2005). O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, 24.
- Hurtado, M. (2009). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa.

Luiso, F. P. (2002). Questioni rilevate d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»? *Giustizia Civile*, 1611-1615.

Mallet, E. (2014). Notas sobre o problema da chamada «decisão surpresa». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 109, 389-414.

Marinoni, L.G., Arenhart, S. & Mitidiero, D. (2016). *Novo código de processo civil comentado* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Mitidiero, D. (2009). *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Monroy, J. F. (2004). *La formación del proceso civil peruano: Escritos reunidos* (2.ª ed.). Lima: Palestra.

Monroy, J. F. (2009). *Teoría general del proceso* (3.ª ed.). Lima: Communitas.

Nery, N. (2016). *Princípios do processo civil na Constituição Federal* (12.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Oliveira, C. A. (2003). Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*, 8(27), 22-51.

Provera, G. (1970). *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*. Turim: Giappichelli.

Sassani, B. & F. A. Genovese (Coords.). (2014). *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenzia*. Roma: Dike Giuridica Editrice.

Sommagio, P. (2007). La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica: prime riflessioni per una teoria radicale. *Diritto Questioni Pubbliche*, 7.

Souza, A. P. (2014). *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva.

Theodoro, H. (2016). *Curso de direito processual civil* (vol. 1, 57.ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Tucci, J. R. (2015). Contra o processo autoritário. En *O novo código de processo civil: questões controvertidas* (pp. 276-282). São Paulo: Atlas.

Wambier, L. R. & Talamini, E. (2015). *Curso avançado de processo civil* (vol. 1, 15.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Zufelato, C. (2015). Os princípios gerais de direito processual como elo entre o Novo Código de processo civil brasileiro e os sistemas jurídicos romanista e iberoamericano. *Rivista Roma e America: diritto romano comune*, 36, 287-307.

## Jurisprudência, normativa e outros documentos legais

Cassazione 14581. Sezione terza civile. Sentencia (21 de marzo-22 de junio de 2007).

Code de Procédure Civile [Código de Processo Civil, França]

Codice di Procedura Civile [Código de Processo Civil, Itália]

A DIMENSÃO  
«VEDAÇÃO  
À DECISÃO-  
SURPRESA» DO  
PRINCÍPIO DO  
CONTRADITÓRIO  
NA EXPERIÊNCIA  
BRASILEIRA E O  
NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL DE  
2015: REFLEXÕES  
VOLTADAS AO  
DIREITO PERUANO

THE INSERTATION  
OF THE «DECISION-  
SURPRISE  
PROHIBITION»  
IN THE DUE  
PROCESS OF LAW  
IN THE BRAZILIAN  
EXPERIENCE  
AND THE NEW  
CODE OF CIVIL  
PROCEDURE OF  
2015: REFLECTIONS  
DESTINED TO THE  
PERUVIAN LAW

Código de Processo Civil [Brasil] (2015).

Código de Processo Civil [Portugal]

Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

Constitución Política del Perú [Constituição, Peru] (1993).

MC 14.589/RS. Superior Tribunal de Justiça, 3.º Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi (19 de septiembre de 2008).

RMS 39.241/SP. Superior Tribunal de Justiça, 2.º Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon (11 de junio de 2013).

REsp. 1115393/RS. Superior Tribunal de Justiça, 2º Turma, Rel. Ministro Castro Meira (06 de septiembre de 2009).

Zivilprozessordnung [ZPO] [Código Procesal Civil, Alemania].

Recibido: 7/03/2017

Aprobado: 15/05/2017