

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

JANAÍNA RIGO SANTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-351-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA** (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; **A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; **PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES** (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); **MODELOS DE JUSTIÇA**

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;

3 - Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;

4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua conseqüente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;

6 - Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;

7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus conseqüentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Lívia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS “PRECEDENTS” DO “COMMON LAW” (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de “jurisprudências defensivas” nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação *Stricto Sensu*, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Università Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS

THE IMPOSSIBILITY OF DECISION SURPRISE AND IMPLICATIONS IN COLLECTIVE JUDGMENTS

Vinicius Silva Lemos ¹

Resumo

Este artigo analisa a inserção do art. 10o no novo código de processo civil, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas. Esta nova norma tem uma aplicabilidade diante de todas as fases processuais, mesmo em graus diferentes, com a necessidade de adaptações dos julgamentos colegiados.

Palavras-chave: Contraditório, Decisão surpresa, Efetividade, Julgamento colegiado

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the insertion of Article 10a in the new code of civil procedure, with the emphasis on preventive contradictory and the impossibility of decision surprise. This new standard has an applicability to all procedural stages, even in different degrees, with the need for adjustments to the collective judgments .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contradictory, Decision surprise, Effectiveness, Collegial judgment

¹ Advogado. Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter /FAP.

1. INTRODUÇÃO

O CPC/2015 primou por positivar ainda mais as garantias para as partes, tornando o próprio processo uma visão de uma garantia muito maior. Um ordenamento plenamente garantivista, com uma tendência a possibilitar um amplo debate prévio para que a decisão seja tomada, para que haja um cuidado com a prolação desta decisão judicial.

Houve, pela novel legislação, o cuidado de enfatizar normas constitucionais, como o princípio do contraditório, o qual primou por constar o art. 10º, objeto da análise deste estudo, como um passo a mais, processualmente, ao praticado pelo judiciário, impondo uma nova visão ao contraditório, almejando transformá-lo, não somente possível, mas influenciante.

A impossibilidade da prolação de decisões surpresas pelos juízos passam pela necessidade de um contraditório preventivo. Este estudo enfrenta o problema da aplicabilidade desta norma aos tribunais, com a necessidade da adaptação do julgamento do colegiado aos novos ditames principiológicos propostos pelo CPC/2015 e quais as consequências possíveis e pragmáticas para esta realidade processual.

2. A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CPC/2015

O princípio do contraditório, envolto do direito constitucional, mas umbilicalmente inserto do direito processual, consiste em “pressuposto indeclinável de realização de um processo justo”. (SILVA, 2009, p. 154).

Sem possibilitar que as partes contraditem cada ponto, cada fato e cada matéria, não há a visão de que o processo seria, como um todo, uma garantia. Somente se permite, enquanto direito público, a visualização de um conjunto de regras processantes para culminar em uma decisão judicial justa, para que as partes possam a todo momento se manifestar, impugnando e influenciado o resultado do que ali se processa.

A decisão judicial, para ser justa e consistente, necessita analisar todos os pontos e visões, permitindo, a toda nova fase processual, a possibilidade das partes manifestarem, exporem seus fundamentos e argumentos, com o notório intuito de influenciar a decisão, não somente para que esta seja justa, mas que contenha a análise de todas as questões materiais e processuais, com uma densidade para formar a devida cognição, enfrentando todos os pontos, com as respostas para cada qual, acatando ou refutando os argumentos outrora apresentados.

No entanto, no cotidiano processual, muitas vezes, o princípio é tergiversado e inaplicado, ou, simplesmente, entendido como a possibilidade de intentar-se recurso, como se a impugnação posterior de uma decisão fosse o contraditório almejado pela Constituição Federal. O princípio do

contraditório como a representação de uma reação também existe, e deve ser ressaltado, possibilitando toda a garantia para “possíveis reações contra decisões, sempre que desfavoráveis” (WAMBIER, TALAMINI, 2008, p. 82) Contudo, não somente de maneira repressiva e posterior que deve ser visualizado o contraditório, necessitando entender-se como algo amplo e constante, a todo momento, inclusive ou, sobretudo, de maneira anterior à decisão e não somente posterior.

A possibilidade das partes se manifestarem deve ser um dogma para o judiciário como um todo, de maneira a entender que somente desse modo que se alcança uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

O CPC/2015, diante dessas incongruências pragmáticas, primou por legislar enfatizando a necessidade de ampliar-se o contraditório, cumprindo o que a própria Constituição Federal já preconiza, concedendo, dessa maneira, uma efetividade maior ao contraditório.

O intuito passa pelo entendimento de que o contraditório não é somente ouvir as partes, mas entender a função dessa possibilidade como “relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem a finalidade de colaboração para o exercício da jurisdição.” (CABRAL, 2011 p. 201)

2.1 A impossibilidade de decisões sem ouvir a outra parte

O intuito do art. 9º. do CPC/2015 está em somente permitir-se a decisão judicial, quando, após requerimento ou manifestação de uma das partes, que a outra seja ouvida, ou, no mínimo, oportunizada a isto, para que, então, o processo esteja apto a decisão.

Não há como imaginar um processo com a manifestação de uma parte, com a inaplicabilidade da abertura de oportunidade processual para a outra parte. Não se imagina uma decisão judicial, em regra, por manifestações unilaterais, já que “não se faz possível conceber um processo unilateral, no qual atue somente uma parte, visando à obtenção de vantagem em detrimento do adversário, sem que lhe conceda oportunidade para apresentar as suas razões” (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 6)

Há de se possibilitar, diante da isonomia, seja como princípio ou como igualdade de oportunidade entre as partes, que ambas possam manifestar-se no processo para que o juízo visualize os argumentos de cada lado, para que tenha o argumento e o contra-argumentado, sem a possibilidade, em regra, de decidir sem conceder a oportunidade de que a outra parte se manifeste sobre a proposição de uma delas.

2.2 A impossibilidade de decisões surpresas

Para que qualquer demanda cumpra o devido processo legal, oportunizando um julgamento justo, com as garantias constitucionais processuais, há a necessidade do contraditório, de possibilitar às partes que influenciem no processo, com os seus fundamentos e argumentações fáticas e jurídicas, proporcionando ao juízo a visão de toda a demanda, com o intento de vislumbrar as diversas possibilidades que ali materialmente encontra-se a lide. Quanto maior o contraditório, mais influenciante e eficaz impacta o processo.

Entretanto, uma grande complicação processual sempre foi a possibilidade indevida de decisão judicial sem a prévia manifestação das partes, com a surpresa destas sobre o conteúdo ou momento da prolação daquela decisão. Cunha dispõe o que seria essa decisão surpresa:

Se a questão não for submetida ao contraditório prévio, as partes serão surpreendidas com decisão que terá fundamento numa questão que não foi objeto de debate prévio, não lhes tendo sido dada oportunidade de participar do convencimento do juiz. A decisão, nesse caso, não será válida, faltando-lhe legitimidade, haja vista a ausência de participação dos litigantes na sua elaboração. (CUNHA, 2015)

Se o art. 9º, como vimos, se preocupa por imputar que sempre quando uma das partes, com, obviamente, a suscitação de alguma questão ou matéria, o juízo tenha o cuidado de oportunizar que a outra parte possa, de igual forma, manifestar-se sobre tal ponto, o art. 10º tem outra preocupação, a impossibilidade de uma decisão quando ambas as partes não tem ciência sobre a matéria, quando foi proferida surpreendendo os demais atores processuais, sem o devido contraditório.

O intuito do art. 9º é garantir a isonomia entre as partes, já o subsequente visa garantir o contraditório como um real direito de influência. O art. 10º estipula, de forma sábia, a necessidade do contraditório antes da decisão sobre matéria que as partes ainda não tiveram oportunidades para manifestarem-se.

Se existe matéria pela qual o juízo deva decidir, ainda que seja de ofício, e as partes não tiveram ciência desta ou oportunidade para se manifestarem, necessária a abertura de prazo para cada parte poder realizar a sua argumentação ou pleito.

Uma obviedade que o CPC/2015 prima por positivar: se há matéria que as partes não se manifestaram, não falaram/opinaram no processo, qual o motivo de realizar-se a decisão desde logo? Oportunizar as partes de versarem sobre a matéria, com argumentos diversos, demonstrando fundamentos diferentes, comparações com a matéria de direito e os fatos em questão é, no mínimo, salutar.

São diversas as formas de contribuição material e processual que ambas as partes podem trazer ao processo. Não há motivos para dispensá-las de manifestarem-se e, simplesmente, decidir sem a devida oportunidade processual para tanto. A inclusão deste artigo torna ainda mais evidente, necessário e importante o princípio do contraditório, possibilitando e enfatizando que as partes,

diante da cooperação processual, ajudam no exaurimento da matéria, com uma melhor discussão jurídica, deixando a análise mais completa para uma decisão com um poder de convencimento mais abrangente.

Quanto maior o grau de contraditório, maior tende a ser a qualidade da decisão.⁹¹ A necessidade não passa somente pelo contraditório, mas pela sua forma prévia, antes da tomada da decisão.

Então, o contraditório, no NCPC, é princípio acolhido em sua versão mais refinada. a) não se decide contra alguém (salvo exceções expressamente previstas) sem o que se lhe dê oportunidade de se manifestar. b) embora, no direito brasileiro, o juiz possa decidir com base em fundamento não suscitado pelas partes, (iura novit curia), deve, antes, proporcionar oportunidade às partes, de que se manifestem sobre ele. b.2) este fundamento novo pode ser de fato ou de direito. Sabe-se que é difícil separar-se, completamente, questões fáticas das jurídicas, porque o direito ocorre justamente no encontro dos planos fático e normativo. Fatos, quando são juridicamente qualificados, já não são mais puros fatos. Normas, a seu turno, supõem quadros fáticos (de forma mais ou menos direta) a que se deve aplicar. (..) b.3) o juiz participa do contraditório fundamentando a sentença de acordo com o que consta no art. 489 do NCPC. Ou seja: o contraditório que terá havido entre as partes tem de estar refletido na sentença. O juiz deve manifestar-se necessariamente sobre direitos e fatos – argumentos jurídicos e provas produzidas: ou seja, sobre o contraditório havido entre as partes, em sua plenitude. b.4) o contraditório institucional ou com a própria sociedade: por meio da figura do *amicus curiae* ou pela realização das audiências públicas. (WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO, MELLO, 2015, p.68/69)

Não há de se imaginar que a possibilidade de recurso ou de intervenção posterior à decisão seja a manifestação uníssona de um contraditório, este, para ser realmente efetivo, deve ser prévio e anterior ao ato decisório. A provocação pelo juízo da manifestação das partes é salutar, além de obrigatória, não somente para o processo, mas também para a melhora do conteúdo da decisão. Antes mesmo do CPC/2015, Zaneti Jr já defendia essa renovação do contraditório, com a crença e defesa de que seria uma característica influenciante, quando dispõe que não pode visto “mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate.”(2007, p. 191)

Quanto maior a possibilidade das partes se manifestarem, expondo as suas razões e argumentos, maior o entendimento pelo juízo das peculiaridades da causa, com a pormenorização dos fundamentos, a precaução para evitar nulidades e melhora na prestação judicial. Quanto maior o contraditório, melhor a decisão judicial e, teoricamente, menos impugnações de decisões. Não é uma mudança legislativa, mas uma ênfase, já que “é possível dizer, inclusive, que se trata de um dos pilares do novo Código.” (CUNHA, DIDIER JR, 2016, p. 58)

3. O IMPACTO DA IMPOSSIBILIDADE DE DECISÕES SURPRESAS NO JULGAMENTOS COLEGIADOS

A prioridade dada pelo CPC/2015 ao contraditório é enorme e permeia todo o ordenamento, sem nenhuma distinção quanto as fases processuais em sua aplicabilidade. Toda e qualquer decisão deve ser imbuída do contraditório prévio e influenciante sobre aquela matéria, efetivando não somente o princípio do devido processo legal, mas, também, permitindo a visão processual como uma real garantia.

Dessa maneira, o impacto dos art. 9º e 10º percorre também a fase recursal, importando em uma mudança cultural neste ponto, o que acarretará, certamente, dificuldade na adaptação do *modus operandi* dos tribunais para cumprir esse formato prévio de contraditório, dada a total liberdade que o colegiado atua para resolver as questões recursais, mesmo que as partes – recorrente ou recorrido – ainda não tenham se manifestado sobre alguma questão ou fundamento.

3.1 A vinculação com os fundamentos das partes: recorrente e recorrido

As partes – recorrente ou recorrido – em suas peças recursais, pelo próprio princípio da dialeticidade, devem fundamentar os seus anseios, com a devida impugnação ou defesa a ser realizada, suscitando reexame de fatos – quando possível – ou de matérias jurídicas.

De certa maneira, pelo efeito devolutivo, em relação aos capítulos da decisão, essa impugnação que vinculará, materialmente, aquele colegiado do tribunal responsável pelo julgamento recursal. Se houve impugnação de determinado capítulo da decisão, o colegiado procederá com o reexame deste, como o *caput* do art. 1.013 determina.

Entretanto, tomando como base o art. 1.013, § 2º, a devolução material recursal vincula-se ao pedido, o que leva a possibilidade do colegiado, quando a demanda, naquele ponto ou pedido, “tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.” Ou seja, apesar de a dialeticidade atrelar o que se impugna em relação aos pedidos, todos os fundamentos já suscitados nos autos, ainda que não constem nas impugnações recursais, sobre aqueles pontos são devolvidos, para apreciação do tribunal, o que possibilita que mesmo que o recorrente, tampouco o recorrido tenham manifestado – no recurso ou contrarrazões, o colegiado possa apreciar o fundamento.

O julgamento do recurso deve, então, ser fundamentado no que as partes se manifestaram, seja na fase recursal ou em outras fases anteriores. Qualquer que seja o fundamento – fático ou jurídico – sem ser enfrentado pelas partes, não pode ser objeto de apreciação sumária pelo colegiado, gerando uma decisão surpresa, o que o art. 10º veda, com a notória necessidade de abertura para que as partes manifestassem, com a consequência de possibilitar um contraditório prévio, efetivo e influenciante.

Há a notória abertura e liberdade para que o tribunal, pela devolutividade do pedido, julgue baseando-se em qualquer outro fundamento, contudo, este, deve ser fruto de um contraditório prévio, sob pena de nulidade.

3.2 A necessidade da abertura de vista quando houver fundamento novo

O juízo – de qualquer grau – não tem mais a abertura material para a fundamentação da decisão judicial? Há uma vinculação material ao que as partes manifestaram ao longo da demanda? A resposta correta seria o meio termo, com uma pequena vinculação, mas com a liberdade do juízo suscitar fundamentos – de ordem pública ou não – que possam ser utilizados para a resolução daquela demanda. Se as partes não suscitaram determinada matéria, sendo esta trazida ao processo pelo juízo, não há impossibilidade ou vedação neste ato, contudo permeia-se a necessidade de que possibilite as partes de manifestarem-se sobre tal ponto.

Dessa forma, não há uma total vinculação do juízo entre as fundamentações das partes, podendo, até pela hermenêutica jurídica, o juízo apontar outros caminhos materiais que não foram imaginados, impugnados e suscitados pelas partes, o que deve ser realizado e incentivado, até pela e para a melhoria da própria prestação jurisdicional. Todavia, para que seja possível a adição deste novel ponto de fundamentação pelo juízo, este deve abrir vista para as partes manifestarem. Cunha e Didier Jr corroboram com esta necessidade de abertura de vista para que as partes manifestassem sobre fundamentos novos, sejam fáticos ou jurídicos, officiosos ou não:

Observe que o texto se refere tanto a fatos supervenientes (arts. 342 e 493, CPC) quanto a questões que podem ser apreciadas de ofício pelo tribunal, uns e outras questões ainda não submetidas ao contraditório, mas que devem ser levadas em consideração pelo tribunal. O tribunal, para poder decidir com base em qualquer delas, tem de dar às partes a oportunidade de manifestar-se a seu respeito. (2016, p. 58)

Se esta regra, imputada pelo art. 10º, é válida para toda a demanda, notadamente, deve ser, de igual maneira, necessária mesmo na fase recursal, o que leva, em qualquer hipótese, seja pelo relator ou pelo colegiado de, a sempre que suscitarem fundamentos novos, possibilitem vistas às partes para a devida manifestação, para que não seja proferida uma decisão surpresa.

3.2.1 Fundamento novo no processo: não suscitado pelas partes em nenhuma fase processual

É importante, para a delimitação do que seria o argumento ou fundamento novo, entender quais seriam as possibilidades da suscitação de novel ponto material, ensejando uma conceituação desta situação. Wambier, Conceição, Ribeiro, Mello explicam que “fundamento novo pode ser de

fato ou de direito. Sabe-se que é difícil separar-se, completamente, questões fáticas das jurídicas, porque o direito ocorre justamente do encontro dos planos fáticos e normativos.” (2015, p. 67)

Por esta visão, não há possibilidade do juízo suscitar qualquer fundamento sobre o qual as partes não tenham se manifestado, nem de fato, tampouco de direito. Mas, a indagação persiste em outro ponto: o fato de ser novo é não ser suscitado pelas partes? Evidentemente que passa por nenhuma das partes ter manifestado, seja pela suscitação ou resposta de tal ponto, o que leva a ignorância sobre aquela visão de fundamento.

Se nenhum ator processual suscitou a matéria e, o juízo, de maneira oficiosa, o faz, configurar-se-á o enfrentamento de tal fundamento novo, o que importa em abertura de vista, ainda que perante o colegiado ou qualquer momento processual, mesmo que recursal.

Não suscitado, oportunizado ou discutido o fundamento pelas partes, este é novo, cabível, então, a aplicabilidade do art. 10º. A novidade não está no fato de não ser suscitado naquela fase, mas em nenhum momento daquela demanda, o que importa se, na fase recursal, nenhuma delas suscitou, mas foi objeto de contraditório na fase de conhecimento em primeiro grau, não há que se falar em decisão surpresa, por ter sido, este fundamento, passível de contraditório.

3.2.1.1 A aplicação da regra mesmo em questões de ordem pública

O fato do fundamento a ser suscitado – pelo relator ou pelo colegiado – ser considerada de ordem pública não autoriza a prolação de uma decisão, monocrática ou em acórdão, sem ouvir as partes. A possibilidade oficiosa de levantar matérias de ordem pública reflete na visão de que o juízo – qualquer deles – pode, por disposição legal, mesmo sem as partes mencionarem, suscitar tal matéria. Todavia, suscitar nunca deve ser confundido com decidir sem oportunizar as partes de manifestar-se, não há concessão para o juízo, por causa da ordem pública, que decida sem ouvir as partes, sem um contraditório prévio e efetivo.

Neste íterim, pertinente a construção doutrinária de que o art. 10º condiciona a apreciação da matéria pelo juízo ao efetivo e prévio contraditório, com a necessidade que as partes tenham a possibilidade de manifestação, mesmo em matéria de ordem pública, não há possibilidade de decisão surpresa, ainda que seja nesta espécie material.

O fato da matéria ser de ordem pública, não pode servir de autorização para a prolação de uma decisão sem possibilitar o debate prévio pelas partes, somente permitindo que o juízo inicie a discussão desta matéria, mesmo sem as partes terem atentado sobre a existência ou pertinência desta para o deslinde da demanda. Medina corrobora com tal questão, com a aplicabilidade do art. 10º, mesmo em questões de ordem pública:

Vê-se que, como uma das consequências do princípio, o órgão jurisdicional não pode proferir decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de

temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se ex officio, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório. (2015, p. 30)

Uma evidente mudança para o judiciário, em qualquer grau de jurisdição, mas, sobretudo, aos tribunais, já que o procedimento não previa, anteriormente, claramente, uma oportunização de um contraditório além daquele existente nas razões e contrarrazões recursais.

Um exemplo seria uma apelação que não fale sobre a prescrição, tampouco o recorrido em suas contrarrazões suscite tal matéria e, quando o relator, ou o colegiado, for analisar a matéria, constata que há um evidente configuração da prescrição, o que permite a suscitação oficiosa da matéria, contudo, pela conjunção do art. 9º com o 10º não há possibilidade de, desde logo, decidir sobre aquela questão, com a necessária abertura de vistas às partes, para, somente após o decurso deste prazo, com a manifestação ou não destas, estar apto ao julgamento.

Uma limitação à atuação judicial, com a evidente melhora nesta, contando com a participação efetiva das partes, mesmo em matéria que o juízo possa conhecer de maneira oficiosa. A aplicabilidade desta norma não será fácil e automática, já que grande parte da magistratura tem o entendimento que não seria aplicável em algumas situações de ordem pública, como vemos no teor do Enunciado nº 4 do ENFAM¹, quando dispõe que “na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.”

Este pensamento, porém, não merece prosperar, já que a literalidade da norma insere a necessidade primordial da manifestação das partes, independente do que se suscita materialmente, até questões de ordem pública, até pelo fato de que as partes sempre podem influenciar o conteúdo da decisão mediante a manifestação oportunizada pelo contraditório.

3.2.1.2 A aplicação da regra nos fundamentos dos votos dos desembargadores ou ministros

Diante do novel princípio da vedação à decisão surpresa pelo juízo, ao imaginar-se que aqui deve ser qualquer juízo, também em qualquer grau de jurisdição, mesmo os julgadores em um colegiado, seja o relator ou os membros vogais – desembargadores ou ministros – quando suscitarem fundamentos inéditos naquela demanda, devem oportunizar que as partes – recorrente e recorrido – se manifestem sobre estes pontos, com a devida cooperação, pelo juízo, sobre a novidade material ali invocada, a qual devem ater-se quando proferirem as devidas manifestações no processo.

¹ ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código De Processo Civil Enunciados Aprovados.

Mas, se o processo está no tribunal – de segundo grau ou superior – há espaço, mesmo após a interposição do recurso, para uma reabertura do contraditório? Evidentemente, pelo simples fato de que a iniciativa partiu do próprio juízo, não imputando culpa nesta suscitação às partes, o que não violada a consumação do ato recursal, tampouco a sua dialeticidade, já que o juízo, ao pretender utilizar fundamento novo, reabre, especificamente, para que as partes assim se manifestem.

A abertura de prazo para a devida manifestação das partes não deve ser confundida em aumento dos pedidos recursais ou qualquer possibilidade de emendá-lo, somente há a necessidade do preenchimento da lacuna existente neste ponto material, importando em reabrir o contraditório, mesmo que em grau recursal, mesmo que já iniciado o julgamento, para não gerar uma nulidade processual naquela decisão proferida sem a ciência das partes sobre o fundamento ali invocado. Há, pragmaticamente, uma dificuldade na cultura jurídica dos tribunais em aceitar que os julgadores devem, quando suscitarem fundamentos – fáticos ou jurídicos – novéis, oportunizarem um novo contraditório. Uma mudança cultura pertinente, com necessidade de rápida modificação prática.

Esta necessidade de abertura do prazo para a manifestação das partes, caso o julgador em grau recursal entender que há fundamento novo não analisado e a visualização da novidade passa pela ausência de discussão ou enfrentamento anterior, deve assim fazê-lo, “independentemente de o julgamento ser monocrático ou colegiado.” (MADRUGA, MOUZALAS, TERCEIRO, 2016, p. 917)

3.2.2 A abertura de vista pelo relator

Quando o relator, ao analisar um recurso, em suas razões e, evidentemente, as contrarrazões, considerando ali todos os fundamentos – fáticos ou jurídicos, ao convencer-se, diante de sua cognição, deve fazê-lo mediante a adesão ou construção dos argumentos expostos por uma das partes, seja no próprio recurso/contrarrazões, ou, ainda, se foi arguido anteriormente na demanda, mas não suscitado em grau recursal, o que pelo art. 1.013, também permite-se que seja objeto da apreciação pelo relator.

Desse modo, por mais que haja o princípio do *iura novit curia*², o relator está atrelado ao que foi debatido pelas partes nos autos, seja pela suscitação por qualquer destas ou, ainda, por ele mesmo ou o juízo anterior ter trazido à discussão sobre aquele fundamento. Logo, para decidir o recurso, deve o relator basear-se nos argumentos trazidos pelas partes, sem ter a liberdade total de fundamentar por fato ou matéria nova, cuja as partes não tenham tido a oportunidade de manifestar-se. É uma evidente inovação, com um impacto drástico que necessita, legal e procedimentalmente,

2 “a exposição dos fatos é suficiente para deles o juiz extrair o direito aplicável: da mihi factum, dabo tibi ius; iura novit curia” SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 2o Vol., 11 ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 136

ser colocada em prática, sob pena de nulidade do julgamento do recurso julgado sem o devido contraditório. Delfino e Nunes relacionavam, ainda na época do projeto do CPC/2015, que a função do juízo e o princípio do *iura novit curia* deve passar por uma nova roupagem, sem os excessos judiciais anteriormente tidos como normais.

Não significa isso, entretanto, que o *iura novit curia* deva ser esquecido no sótão onde jazem as coisas amarelecidas e cujo tempo tratou de tornar supérfluas. Há que encará-lo com lentes ajustadas à normatividade constitucional e afastar do seu âmago a arrogância estatal monopolizadora do saber jurídico. Não é crível, enfim, conservá-lo em seus contornos atuais, como um “caballho de Troya” serviente a toda sorte de excessos potenciais e voluntarismos por parte daqueles que exercem o poder jurisdicional. Nada justifica mantê-lo como álibi para que o juiz, ou qualquer um solitariamente, transite com liberdade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda. (DELFINO, NUNES, 2014)

Se o relator, ao analisar o recurso e as matérias ali suscitadas, entender que para dar provimento ou negar-lhe, necessita enfrentar matérias que nem o recorrente e tampouco o recorrido suscitaram, nem na fase de conhecimento em primeiro grau ou na própria fase recursal, deve, então, expor a necessidade material de oportunizar a manifestação sobre aquela matéria, com a consequente abertura de prazo para que as partes possam se manifestar sobre o que o relator entende materialmente importante.

Essa situação é exposta pela conjunção do art. 10º e a sua própria aplicabilidade na fase recursal, com a impossibilidade de prolatar-se uma decisão surpresa, o que importa que os julgamentos recursais seguem a mesma regra, não sendo possível, mediante essa conjunção, imaginar que o relator, em seu voto, fundará a sua decisão – fática ou materialmente – em fundamento que não foi oportunizada a manifestação das partes.

O art. 933 especifica, numa conjunção com o art. 10º que, regulamentando esta regra para o âmbito dos tribunais, “se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.”

A devida adaptação à nova realidade trará situações estranhas para a atuação em tribunais, com o relator, se cumprir o disposto no art. 10º, abrindo prazo para que as partes manifestem sobre matéria que entende pertinente para o julgamento, situação essa que é, na prática, parece quase que impossível, mas caso não seja adaptada e realizada, todos os acórdãos ou decisões monocráticas, que assim procederem, serão passíveis de anulação por infringirem o referido artigo.

A pergunta evidente passa pela existência ou não de um prejulgamento nesta situação, quando o juízo, de certa maneira, entender que tal matéria é fundamental para chegar-se na cognição ali apresentada, abrindo prazo para as partes se manifestarem. Na decisão em que o juízo determina que as partes analisem tal matéria, em parte, há um indicativo do juízo de que a matéria pode influenciar o julgamento, evidenciando a importância daquele ponto para o julgamento,

cabendo, agora, que cada qual, recorrente ou recorrido, em suas devidas manifestações, construam argumentações sobre aquela matéria, aderindo ou impugnando a sua aplicabilidade para aquela questão, com o claro intuito de influir na futura decisão/voto do relator.

Não há como o relator suscitar matéria para fundamentar seu voto, sem oportunizar as partes de se manifestar sobre tal ponto. Importante mudança na cultura dos tribunais.

3.2.3 A abertura de vista pelo colegiado

Outro ponto importante, de visualização procedimental, passa por outra situação, quando o relator, em seu voto, não fundamenta em argumentos novos, somente analisando que foi suscitado pelas partes, seja na fase recursal ou anteriormente, baseando-se em algum destes pontos.

Com a apresentação pelo relator do seu voto ao colegiado, com a devida abertura para o debate, se outro desembargador ou ministro, ao votar, apresentar outro fundamento, totalmente novo ao processo, sem as partes – recorrente ou recorrido – terem se manifestado sobre a questão, seja na fase recursal ou anteriormente, deve o presidente daquele colegiado, suspender o julgamento daquele recurso para oportunizar as partes se manifestarem sobre a questão?

A questão é complexa e espinhosa, por ser uma novidade impactante nos tribunais, sobretudo sobre como os acórdãos devem ser construídos e fundamentados nos votos pelos colegiados. Todavia, a resposta à questão deve ser positiva, com a necessidade de suspensão do julgamento para a manifestação das partes, já que existe um novo fundamento suscitado por um desembargador ou ministro no meio do julgamento daquele recurso, não importando se a questão é fática ou jurídica, somente com a pertinência da verificação se as partes manifestaram-se ou não sobre a matéria ali levantada, com duas alternativas: em caso negativo, sem a existência da manifestação das partes, deve o presidente do colegiado suspender o julgamento, para que o relator intime as partes para se manifestarem sobre tal fundamento; em caso positivo, com a verificação de que as partes tiveram a oportunidade processual de manifestarem sobre tal matéria – tendo cada qual realizado ou não a manifestação – o julgamento prossegue, com a ressalva da necessidade da fundamentação sobre essa existência de manifestação das partes sobre aquele ponto.

No âmbito dos tribunais, o art. 933 § 1º corrobora com essa possibilidade imputada pelo art. 10º, já que se “a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.” Parece quase que insano que um colegiado, ao fundamentar um acórdão em matéria nova, por causa de um voto de vogal – desembargador ou ministro – suspenda um julgamento para ouvir as partes sobre tal fundamento. É novo, é diferente, mas é essencial para que não haja nulidade sobre aquele ponto, conforme preconiza o art. 10º em caso de existência de uma decisão surpresa.

Se, durante o julgamento recursal, os procuradores das partes estiverem presentes e surgir tal questão nova, fática ou jurídica, existia a possibilidade de ali, durante a sessão abrir-se o contraditório? Uma dúvida que Bueno responde, acertadamente, que “nada há que impeça, contudo, que, presentes os procuradores, seja, na própria sessão, colhida a manifestação, se todos estiverem de acordo com isto, para que o julgamento seja retomado.” (2016, p.751)

Essa visão é possível, contudo rara, tanto de acontecer dos procuradores de ambas as partes estarem ali presentes na sessão de julgamento recursal e, ainda, se estiverem, concordarem em manifestarem naquele momento, se houver discordância, deve ser concedido o prazo de cinco dias, estipulado pelo próprio art. 933.

Não podem as partes – quaisquer delas – serem surpreendidas por um acórdão cuja a fundamentação seja uma inovação, com argumentos até então não discutidos, não enfrentados, caracterizando a decisão surpresa, o que, como já vimos, é vedado no novo ordenamento. A novel norma processual é inovadora neste ponto, necessitando a estrutura judicial, principalmente os colegiados em grau recursal, adaptarem para cumprir tal desiderato, o que importa numa nova ótica de argumentação decisória recursal, bem como na necessária revisão no modus operandi da construção de um acórdão pelos colegiados do judiciário pátrio.

3.2.4 A abertura de vista a pedido do vogal em voto-vista

Na sessão de julgamento, a função do relator é expor a causa seus desdobramentos aos demais membros do colegiado, sendo inevitável que, em alguns julgamentos, algum destes julgadores vogais, não se sinta preparado para, naquele momento, proferir o seu juízo sobre as questões postas ali, apenas com a exposição do relatório e explicações dadas oralmente pelo relator. Ao não se sentir confortável e preparado para proferir seu julgamento pode pedir vistas do processo, de acordo com o art. 940.

Com isso, neste momento, o processo é retirado da pauta, tendo este vogal que assim requereu, até 10 dias para reincluí-lo na pauta, tempo que entendeu-se como suficiente para a análise mais apurada do processo. Qualquer dos integrantes do colegiado (com exceção do relator, pelo fato de ter contato maior com o processo) tem uma oportunidade de examinar mais minuciosamente o processo.

A dúvida paira se este vogal que pediu vistas, ao analisar a demanda, em seu convencimento entender que fundamento – fático ou jurídico – não foi enfrentado na demanda, tampouco no recurso e necessita ser incluído no debate, o que deve ser feito? Este vogal, apesar de participar do julgamento, não tem vinculação administrativa com o recurso, não podendo, ele mesmo, intimar as

partes para manifestarem, tendo, então, de remeter para que o relator o faça. Bueno bem explica esta situação:

O § 2º do art. 933 regula a hipótese de a questão nova surgir durante o pedido de vista formulado por um dos julgadores (art. 940). Neste caso, por intermédio do relator, será determinada a intimação das partes para que se manifestem em cinco dias. Após o processo será pautado novamente e, na retomada do julgamento, submetida a questão (com o contraditório sobre ela já exercitado) aos demais julgadores (2016, p.751)

Deste modo, oportunizada às partes pelo relator a manifestação sobre o novel fundamento, o recurso não retorna para que o vogal analise, sendo colocado diretamente o processo em pauta, assim que o prazo se encerre, com ou sem as partes terem se manifestado.

3.3 A dispensa de abertura de vista às partes quando o fundamento foi colocado ao contraditório em fase anterior

Obviamente, se o fundamento não for suscitado pelo recorrente, tampouco pelo recorrido, na fase recursal, contudo já houver, em fases anteriores da demanda, um contraditório sobre tal ponto ou fundamento, não há motivos de renovação deste, ainda que as partes não tenham se manifestado, somente com a necessidade de que tenha havido a oportunidade para que tenham o feito.

Por este ponto, o relator ou o colegiado podem resgatar fundamentos que foram anteriormente discutidos ou possibilitados de discutir-se, ainda que não estejam insertos na fundamentação recursal, não violando, dessa maneira, o art. 10º, já que houve o contraditório efetivo.

A impossibilidade de decisão surpresa passa pelas partes nunca terem se manifestado sobre tal fundamento, não guardando uma relação sobre a fase na qual realizou-se a suscitação, o que importa em um evidente contraditório, ainda que este não tenha sido renovado no recurso, mas, pela dicção do art. 1.013, § 2º, estes fundamentos são plenamente devolvidas para uma reapreciação pelo relator/colegiado, sem violação ao art. 10º por outrora ter existido o prévio e efetivo contraditório, ainda que anterior, sem a devida renovação.

Assim, se as partes se manifestaram sobre tal ponto, “discutindo previamente uma determinada posição jurídica, o reconhecimento de tal questão pelo magistrado independe de nova e prévia manifestação.” (DUARTE, 2015, p. 64)

4. ASPECTOS CONCLUSIVOS: A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DAS PARTES IMPACTAREM A DECISÃO RECURSAL

O intuito da ênfase ao contraditório preventivo dada pelo art. 10º está na melhoria da atividade jurisdicional e a devida cooperação entre os atores processuais, preconizada também no art. 6º. Não basta que as partes, por causa dessa mencionada ênfase, possam se manifestar sobre todos os pontos e fundamentos da lide, há a necessidade de que influenciem na decisão a ser tomada pelo juízo.

Essa influência ou impacto na decisão não vincula que o juízo deva concordar ou aderir a uma ou ambas as partes, contudo, deve enfrentar estes pontos, percorrendo cada qual eventualmente levantado pelas partes, dialogando com o que ali constar, refutando, contra-argumentando, sistematizando e melhorando a própria decisão judicial, concedendo-lhe maior qualidade em sua prolação. Nunes preconizava isso, ainda na época do projeto do novo Código, quando dizia que a inclusão de um artigo impossibilitando as decisões surpresas tinham função além de dizer o óbvio constitucional:

impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. (...) diminui-se o tempo do processo, eis que se diminuem os recursos, ou se reduz consideravelmente a chance de seu acatamento, viabilizando-se a utilização de decisões com executividade imediata (NUNES, 2011, p. 83/84).

Quanto maior o contraditório, maior a contemplação para as partes sobre aquele debate jurídico ou fático protagonizado por estas, importando, por vezes, consequencialmente, na diminuição de recursos, já que eventual matéria que seria fruto de uma impugnação recursal foi ali devidamente contemplada e rechaçada, com devidos argumentos na decisão, sentença ou acórdão.

4.1 A fundamentação do art. 489, 1º percorrendo os argumentos suscitados pelas partes

A decisão judicial, diante do contraditório proposto pelo CPC/2015, deve ser construída diante de uma fundamentação ainda mais analítica e pormenorizada, nos moldes propostos pelo art. 489, 1º, primando pela resposta a todos os argumentos apresentados pelas partes, dialogando judicialmente com todos os acontecimentos processuais ali dispostos. Uma nova fundamentação de decisão judicial, seja ela qualquer a espécie decisória.

A fundamentação como condição de validade das decisões judiciais decorre de exigência expressa da vigente Constituição Federal, como acima ficou esclarecido. E nem seria necessário explicar em que consiste a fundamentação de uma decisão judicial, não houvesse a prática adotada por muitos julgadores, infelizmente, consagrando entendimentos inadmissíveis a respeito do assunto. (..) O novo Código de Processo Civil, ao exigir fundamentos como parte essencial, e indicar expressamente, no 1º do art. 489, acima transcrito, as hipóteses nas quais qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, considera-se não fundamentada, deixou fora de qualquer dúvida que os equívocos consagrados pela prática jurisdicional a esse respeito não podem continuar a serem praticados. (MACHADO, 2015. p.72/74)

Diante deste prisma, ao fundamentar a decisão, o juízo deve fundamentar todos os pontos propostos pelas partes que possam infirmar o resultado cognitivo daquele caso. Se o art. 10º impõe que não haja possibilidade de decisão sobre fundamento que as partes não se manifestaram, logo, em sentido antagônico, como vimos, o juízo, necessariamente, deve oportunizar o contraditório, abrindo prazo para as partes.

Entretanto, o intuito não é somente que as partes possam se manifestar, mas que este ponto seja influenciante, que a decisão tenha, em sua fundamentação, as respostas àquilo que foi suscitado neste contraditório possibilitado pela conjunção proposta pelo art. 10º. Não se pode imaginar manifestações somente pelas formalidades processuais, mas, sim, que influenciem o que se decide, pautando o percurso de fundamentação do juízo, num diálogo hermenêutico de proposição, argumentação e contra-argumentação.

Não diferente, a sentença como fruto do processo interpretativo/aplicação do direito deve ser dimensionada a partir das manifestações das partes e fundamentada dentro da moldura delineada no debate processual deste modo, salvo as exceções externadas anteriormente, sem a incidência de surpresas. (REZENDE, 2015)

A força constitucional do princípio do contraditório já concedia uma amplitude imensa, com uma real necessidade de primar por um mundo processual que garanta este mínimo para as partes, o poder de manifestar-se sobre tudo que seja fundamento que possa culminar na cognição do juízo. Um processo sem contraditório não condiz com as garantias para uma decisão justa, logo não permeiam o ideal para o processo civil.

Na proposição do CPC/2015, o juízo deve entender que as partes cooperam, não somente para a construção de um processo que culmine no julgamento de mérito, mas que, também, resulte num debate qualificado para proporcionar a melhor solução jurídica possível para o conflito de interesses ali analisado, contando com as partes como atores deste processo, influenciando, mediante ações e reações, manifestações e respostas, ainda que negativas pelo juízo, o qual construirá melhor o caminho fundamental daquela decisão judicial, baseando no que ali foi contradito.

No julgamento colegiado, o relator ou o próprio órgão, ao proporcionar o contraditório sobre o fundamento novo suscitado por algum dos julgadores, mesmo culminando num atraso processual por causa da suspensão para a abertura do prazo para tal desiderato, torna a decisão mais correta e condizente com o que as próprias partes merecem, material ou processualmente.

4.2 A importância da visão de melhoria processual da influência do contraditório prévio, efetivo e influenciante

O intuito do art. 10º, igualmente do 9º, não passa simplesmente por garantir as partes uma melhor manifestação processual ou que tenha mais direitos. A análise deve ser ampla, com a visualização de que toda e qualquer melhoria para as partes impacta, de igual maneira, o procedimento, o rol de garantias e a prestação jurisdicional.

Há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, como inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa. Tal concepção significa que não pode mais 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 do plano substancial. (NUNES, 2015).

O processo é construído por uma conjunção de atores que devem participar efetivamente do que ali será decidido, ampliando o que se entende como uma decisão judicial para aquela que foi suscetível a um debate e diálogo maior do que se encontra como um conflito a ser resolvido. Se as partes manifestaram-se, o juízo deve satisfazer-se com isso, mediante a possível existência de olhares materiais e processuais diferentes, com a notória capacidade de enxergar coletivamente, diante da visão de cada parte, por pontos e moldes que não estavam possíveis numa análise singular diante do ângulo daquele juízo.

A impossibilidade de proferir decisões surpresas deve ser vista como um direito do próprio juízo e do judiciário, como uma garantia universal, para que seja normal entregar uma prestação jurisdicional completa e coparticipativa, como a possibilitar de visualizar todas as nuances materiais, almejando propiciar uma prestação completa e ideal.

“Em nosso sistema processual, é direito da parte não só se manifestar e produzir as provas necessárias à correta instrução da lide, no intuito de trazer subsídios ao livre convencimento do órgão julgador, mas também o de ver consideradas as suas razões (positiva ou negativamente) como motivação do julgado. A limitação ao exercício desse direito da parte litigante implica em cerceamento do direito de defesa.” (RODRIGUES, 2015, p. 133)

O judiciário deve, nem que seja a médio prazo, entender que a norma, ao implementar o art. 10º, legislou a seu favor, a seu benefício. Uma decisão proferida somente após as partes se manifestarem forma-se de maneira mais completa, processual e materialmente, o que enseja uma prestação jurisdicional que proporciona um debate jurídico maior e amplo, menos suscetível a recorribilidade, satisfazendo os verdadeiros interessados existentes ali: as partes.

Se o processo existe para as partes, mediante uma série de garantias para proporcionar a melhor discussão material sobre o objeto ali em discussão, as decisões devem considerar, sempre, o que estas argumentam, com a devida resposta ao que propuseram, tornando-as, cada vez mais, influenciadas e participantes da decisão judicial, não meramente expectadoras processuais à espera de uma sentença.

Uma nova visão do próprio princípio do contraditório, da atividade do juízo e da decisão judicial, uma nova ordem processual, que impõe aos tribunais uma modificação no *modus operandi* de seus julgamentos, seja para cumprir o disposto no ordenamento, seja pela própria visualização do processo como garantia.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei 13.105 de 16 de março de 2015.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório como influência*. Dicionário de Princípios Jurídicos - Flávio Galdino; Sílvia Faber Torres; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka. Editora: ELSEVIER – CAMPUS. 2011

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia constitucional do contraditório no Projeto do CPC: Análise e Proposta*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, ano VII, nº 38, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O princípio contraditório e a cooperação no processo*. <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-cooperacao-no-processo/> Acesso em 20 de julho de 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DELFINO, Lúcio; NUNES, Dierle. *Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit cúria e o papel do juiz*. www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Iura-novit-curia.pdf Acesso em 20 de julho de 2016.

DUARTE, Zulmar. *Teoria geral do processo : comentários ao CPC de 2015 : parte geral* / Fernando da Fonseca Gajardoni. – São Paulo : Forense, 2015

MACHADO, Hugo de Brito. *Fundamentação como condição de validade das decisões judiciais e o novo CPC*. Revista Dialética de Direito Processual n. 151, outubro/2015, p. 71/74, Ed. Dialética, São Paulo 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4ª Edição. RT: São Paulo. 2015.

NUNES, Dierle *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- NUNES, Dierle José Coelho. *A Função contra-fática do direito e o Novo CPC*. https://www.academia.edu/10431262/A_fun%C3%A7%C3%A3o_contra_f%C3%A1tica_do_direito_e_o_Novo_CPC. Acesso em 20 de julho de 2016.
- MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. *Processo Civil Volume Único*. 8a. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016;
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2º Vol., 11 ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. *Novo CPC fixa princípios da não surpresa e do contraditório substancial*. <http://www.conjur.com.br/2015-out-12/principios-nao-surpresa-contraditorio-substancial-cpc> Acesso em 20 de julho de 2016.
- RODRIGUES, Raphael Silva. *O novo código de processo civil e a exigência de fundamentação das decisões*. Revista Dialética de Direito Processual n. 153, dezembro/2015, p. 128-136, Ed. Dialética, São Paulo 2015.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015.