

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

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

CLEIDE CALGARO

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cleide Calgario; Heron José de Santana Gordilho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN:

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foi realizado durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018. O evento foi promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, havendo como tema central “TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO”.

Os artigos apresentados comprovaram o empenho em discutir questões processuais, de jurisdição e de efetivação da justiça através de um viés multidisciplinar onde se obteve o desenvolvimento de debates acadêmicos e a discussões e a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Nesse sentido, o GT de Processo, jurisdição e efetividade da justiça II, possui temas importantes para o conhecimento de questões relacionadas a área, tais como:

- 1) O trabalho intitulado UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA dos autores Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori analisando se os princípios do processo do trabalho continuam sendo requisitos de compatibilidade para a aplicação do Código de Processo Civil, tendo em vista a reforma trabalhista.
- 2) O trabalho com o título PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS: UM ESTUDO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA DO CIDADÃO PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA de Fabrício Veiga Costa e Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso demonstra que o modelo de processo coletivo vigente brasileiro se funda no sistema representativo, é autocrático, além de contrariar o sistema participativo, que autoriza constitucionalmente o direito de todos os sujeitos afetados pelo provimento final participar de sua construção.
- 3) O trabalho NOTAS PRELIMINARES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO PARADIGMA RACIONALISTA E DA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL COMO NORMA SUPLEMENTAR NA PROTEÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL das autoras

Cleide Calgaro e Graciele Dalla Libera objetiva aprofunda-se na problemática da proteção ambiental através da via jurisdicional, estudada sob a perspectiva do processo civil brasileiro, nas relações envolvendo o privado, o Estado e o meio ambiente.

4) Já o trabalho RECURSOS NAS AÇÕES COLETIVAS: IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL dos autores Lorrane Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel busca compreender quais foram as principais inovações ocorridas no novo Código de Processo Civil que impactaram os recursos dentro da sistemática do processo coletivo.

5) O artigo OS LIMITES DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA DE OFÍCIO COM BASE NO ARTIGO 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 tendo como autores Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira estuda os limites do magistrado na produção probatória de ofício diante do novo viés processual do CPC/2015.

6) No artigo OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO SÉCULO XXI A PARTIR DA PERSPECTIVA DO E-COMMERCE E DAS DINÂMICAS DA SOCIEDADE EM REDE dos autores Bruno Mello Corrêa de Barros e Karina Schuch Brunet questiona se as ações sumárias contribuem para a constitucionalização e a eficiência da jurisdição no século XXI em relação às demandas do consumidor provenientes do comércio eletrônico, especialmente aquelas que decorrem do uso da internet.

7) O trabalho INSTRUMENTOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO: MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO E JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes e Alberto Magalhaes de Oliveira objetiva verificar as diferenças entre o processo coletivo e o IRDR, como também a potencialidade de se tornar a prestação jurisdicional efetiva seu intermédio.

8) Já o trabalho NULIDADES PROCESSUAIS E NÃO-SURPRESA RECURSAL: (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO EM GRAU RECURSAL dos autores Júlia Alves Almeida Machado e Davi De Paula Alves tem por objetivo verificar se, em grau recursal, é possível a aplicação do princípio da não surpresa de ofício, pelo Tribunal.

9) O trabalho A APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS DO ARTIGO 139, IV, DO CPC/15: REFLEXÕES PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO dos autores Caroline Pastro Pinto Reinas e Elias Marques De Medeiros Neto cujo o presente artigo advém de um projeto que busca analisar a aplicabilidade do CPC/15 nas cortes brasileira. Especialmente este artigo, um dos muitos “braços” do projeto, busca analisar qual o

posicionamento do TJSP no que tange à aplicação das medidas atípicas do art. 139, IV, CPC no processo de execução, especialmente no que tange aos pedidos comumente pleiteados pelo exequente, tais quais, apreensão de CNH e passaporte e bloqueio de cartão de crédito.

10) O trabalho intitulado DA (SUPOSTA) ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO E O STARE DECISIS ANGLO-SAXÃO do autor Gilberto Morbach Junior demonstra a incompatibilidade do suposto precedente obrigatório brasileiro com o genuíno stare decisis no common law.

11) Já o trabalho A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO do autor Luiz Claudio Campos Machado evidencia a aplicação do sistema de precedentes judiciais no Processo do Trabalho, a partir das alterações legislativas, principalmente a partir da EC 45/2004, bem como os impactos da Reforma Trabalhista sobre o tema.

12) No trabalho AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO. DE ACORDO COM A REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017) do autor Rafael Dias Medeiros entende que a jurisdição, uma as funções inerentes ao Estado Democrático de Direito, é exercida pelo Poder Judiciário, por meio do processo judicial, que serve de instrumento para tutelar o direito material envolvido no conflito. O tempo de duração do processo é um tema fundamental para o acesso das partes à ordem jurídica justa e efetiva.

13) E, o trabalho A SUBSTANCIALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA A CONVIVÊNCIA CULTURAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO dos autores Cristiano Becker Isaia e Andréia Momolli estuda a substancialização à luz da Crítica Hermenêutica, como condição de efetivação do ditame constitucional convivência cultural no processo civil brasileiro.

14) Por fim, o trabalho O NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO dos autores Heron José de Santana Gordilho e Marco Antonio Chaves da Silva analisando a atuação resolutiva do Ministério Público na resolução concreta dos conflitos sociais.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**NULIDADES PROCESSUAIS E NÃO-SURPRESA RECURSAL: (IM)
POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO EM GRAU RECURSAL.
PROCEDURAL NULITIES AND NON-SURPRISE IN APPEAL DEGREE: (IM)
POSSIBILITY OF EX OFFICIO RECOGNITION.**

**Júlia Alves Almeida Machado ¹
Davi De Paula Alves ²**

Resumo

A presente pesquisa tem o objetivo de verificar se, em grau recursal, é possível o reconhecimento, ex officio, de violação do princípio da não-surpresa. Adotou-se a teoria do processo como procedimento em contraditório como modelo adequado às necessidades da pesquisa, bem como enfrentou-se a teoria das nulidades nos moldes jurídico-normativos vigentes no país, sendo possível constatar que a nulidade consubstanciada pela violação do princípio da não-surpresa constitui erro in procedendo cujo reconhecimento depende da demonstração do prejuízo. Assim, devendo a parte demonstrar o prejuízo, a nulidade não pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado em grau recursal.

Palavras-chave: Processo, Nulidades, Não-surpresa, Reconhecimento ex-officio, Processo democrático

Abstract/Resumen/Résumé

The present research has the objective of verifying if, in appeal degree, it is possible the recognition, ex officio, of violation of the non-surprise principle. "Theory of the process as contradictory procedure" was adopted, as well as theory of nullities was dealt with in the brazilian juridical-normative molds, being possible to verify that the nullity consubstantiated by the violation of the principle of non-surprise is an error in procedendo in whose recognition depends on the statement of disadvantage. Thus, if the litigant must demonstrate the damage, nullity can not be officially recognized by the magistrate in appeal degree.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Process, Nullities, Non-surprise, Ex-officio recognition, Democratic process

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Pós-Graduanda em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada.

² Bacharel em Direito e Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de verificar se, em grau recursal, é possível o reconhecimento, *ex officio*, de violação do princípio da não-surpresa, o qual, estando previsto no art. 10 da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente no Brasil, estabelece que a decisão jurisdicional não pode se fundamentar em argumento não colocado em debate pelas partes.

Trata-se de uma reflexão importante para o estudo e exercício do direito, uma vez que tangencia a questão do acesso à justiça, já que a matéria afeta, diretamente, o modo como o jurisdicionado deve se comportar no curso do procedimento jurisdicional, bem como, ao mesmo tempo, a metodologia de trabalho a ser praticada pelo magistrado no ato de julgar. Todos estes pontos tangenciam o processo, a jurisdição e a efetividade da justiça no Estado Democrático de Direito, o que torna o presente estudo em uma importante ferramenta para a interpretação da norma processual vigente, a qual, levando em consideração a época em que foi elaborado o presente trabalho, é relativamente recente.

Utiliza-se, para a elaboração do estudo, a análise teórico-bibliográfica, mediante a consulta de livros, artigos científicos e outras fontes, de modo a viabilizar a análise crítica do problema proposto. Foi realizada uma abordagem qualitativa e o método dedutivo foi utilizado para delimitar o objeto da pesquisa, partindo-se de uma concepção macroanalítica para uma visão microanalítica no que pertine ao estudo do problema.

O texto se desenvolve em três capítulos, além da conclusão, pelos quais é abordada a teoria do processo que norteará o modo de interpretação para a busca do resultado da pesquisa, bem como é trabalhada a teoria das nulidades processuais de acordo com o ordenamento vigente no Brasil para, enfim, ser enfrentado, no terceiro capítulo, o ponto central da matéria objeto do estudo, a partir do que se alcançam, de fato, os resultados da pesquisa.

2 MODELO DE PROCESSO COMO FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO

As formas de implementação do acesso à justiça num sistema jurídico, bem como os seus contornos e conceitos, varia de acordo com a perspectiva ideológica em que se aplica o instituto. E essa assertiva se baseia no constante movimento e esforço que se tem de delinear um modelo de processo adequado ao paradigma jurídico atual.

São observados momentos importantes em que o acesso à justiça se desdobra em direitos concretos dos jurisdicionados que, como se observará ao longo deste estudo, viabilizam, cada vez mais, o empoderamento do cidadão no âmbito de sua atuação no Poder Judiciário. Neste sentido, impõe-se, inicialmente, traçar o paradigma de acesso à justiça ideal para o alcance das necessidades estabelecidas no ordenamento jurídico-constitucional não só brasileiro, mas de qualquer estado de estrutura jurídico-processual democrática.

2.1 Acesso à Justiça, participação das partes e falibilidade da teoria do processo como relação jurídica

Parte-se, neste estudo, da premissa de que a evolução do conceito de acesso à justiça se encontra alinhado à evolução da noção de processo, eis que o acesso à justiça é um elemento importante para a caracterização do modelo ou teoria processual em perspectiva. Por essa razão, será realizada uma abordagem conjunta entre modelo de processo e perspectiva do direito de ação sob o paradigma da Constituição da República.

É de se observar a influência da teoria da relação jurídica como a forma de interação entre os jurisdicionados e o Estado-Juiz. E na visão de Oskar Von Bülow, precursor da teoria, “o processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo” (BÜLOW, 2005. p. 6), pela qual, “de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum.” (BULLOW, 2005, p. 6).

Não se pode negar que a definição de processo como relação jurídica pressupõe um mínimo de interação entre as partes e o juiz, de modo que o resultado do deslinde processual resulta de um conjunto de atos praticados entre os envolvidos. Entretanto, o ponto que merece destaque é a força legitimadora dos atos das partes e do juiz. Melhor dizendo, é importante verificar de quem emana o poder de instituir as atribuições do juiz e as prerrogativas das partes e interessados, nessa relação processual.

Nessa linha, Giuseppe Chiovenda, adotando a teoria do processo como relação jurídica como pressuposto da ciência do processo, assevera que a relação jurídica entre as partes e o juiz decorre da vontade da lei para o caso concreto. Para ele,

o próprio processo, do mesmo passo que tem por objeto a relação jurídica entre as partes deduzida em juízo pelo autor (relação jurídica substancial), constitui por sua vez [...] uma relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão

jurisdicional (relação jurídica processual): as duas relações se apresentam no processo contínuas interferências e contraposição. (CHIOVENDA, 2002, p. 21).

Para Chiovenda, a relação processual decorre de uma anterior vontade da lei abstratamente constituída, de modo que o processo se apresenta como um instrumento para tornar concreta a vontade da lei que, abstratamente estabelecida, não teria sido voluntariamente respeitada pelo réu. Neste sentido, o processo serve para tornar concreta a vontade estabelecida em lei. Daí decorre, para Chiovenda, o direito de ação, que surge a partir do momento em que se demonstra, mediante o acesso à jurisdição, o interesse de fazer valer a vontade da lei.

O Poder Judiciário, deste modo, estaria encarregado de dizer qual seria a vontade da lei para o caso concreto, sendo pressuposto para a prestação jurisdicional inúmeros pressupostos e condições.

Embora não se possa negar a importância das lições de Chiovenda e Bülow para a ciência do direito processual, já que, como já visto, a prestação jurisdicional pressupõe um mínimo de interação entre as partes e o juiz, não se evidencia, pela teoria da relação jurídica, o conjunto de prerrogativas ou o modo como o direito de ação deva ser implementado em favor dos jurisdicionados.

Importa tecer esta consideração, uma vez que o simples acesso da parte ao Judiciário, por si só, não garante a prestação jurisdicional adequada, uma vez que a construção do objeto de controvérsia pressupõe uma atividade conjunta entre juiz e partes, e não só a vontade do magistrado que, sendo conhecedor da lei, a aplica conforme as suas convicções.

É um risco, pela sistemática jurídico-processual atual, afirmar que cabe ao Poder Judiciário dizer qual deve ser a vontade da lei para o caso concreto, uma vez que tal assertiva acaba por pressupor que o juiz é que detém o conhecimento necessário para, diante da causa que lhe é apresentada, dizer os rumos que devem ser tomados a partir da sentença. Significa, ao mesmo tempo, dizer que a atividade jurisdicional depende do conhecimento emanado do juiz, de modo que a participação do jurisdicionado poderia até mesmo se exaurir no momento em que suas pretensões inicial e contestatória são apresentadas.

A crítica que se faz é no sentido de que a noção de processo como relação jurídica pressupõe uma disparidade de posições, eis que o juiz se apresenta num plano superior, ao passo que as partes têm o dever de se curvar à vontade da lei expressa pelo juiz e, ao mesmo tempo, têm o seu espaço de discursividade regulado conforme os desígnios do julgador.

É de se ressaltar que Chiovenda, em seus estudos, não nega a necessidade de participação de todos os interessados. A questão que se põe em discussão no presente estudo é

no sentido de que a forma como essa participação se perfaz não é delineada ao ponto de se estabelecer, com clareza, em que níveis essa participação se realiza ou em que termos o juiz pode ou deve proferir a sua decisão final. Quer-se dizer que Chiovenda não apresenta mecanismos de correção à falibilidade do sistema jurisdicional, visto que o juiz, no momento em que profere a sua decisão final, não se encontra vinculado, expressamente, aos argumentos apresentados pelas partes.

De nada adianta permitir a ativa participação das partes se, ao final, seus argumentos não são levados em consideração, seja para acolhimento, seja para rejeição, no momento em que é proferida a decisão final. E nesse ponto a teoria do processo como relação jurídica é falível e não proporciona mecanismos de controle suficientes à lisura da prestação jurisdicional. Constata-se, por isso, a necessidade de se perseguir um modelo de processo mais adequado às demandas impostas pelo sistema de direito democrático e participativo, sobretudo considerando o ideário constitucional vigente no Brasil.

2.2 Mudança de paradigma da teoria do processo à luz do contraditório

A observação das obras de referência em matéria processual demonstra o cuidado que se teve, ao longo dos anos, sobretudo no decurso do século XX, com o alinhamento do direito processual com os direitos humanos e com as garantias constitucionais, sobretudo após as grandes guerras mundiais, quando se preocupou com a implementação da paz e da superação de debilidades tão lesivas à dignidade humana.

Nessa ótica se verifica, pelos estudos de Enrico Tullio Liebman, a sua preocupação com a constitucionalidade do processo, no momento em que assevera que

A organização e o exercício da jurisdição civil vêm regulados em lei (lei de organização judiciária, código de processo civil e algumas leis especiais), mas também a Constituição contém certas normas importantes, destinadas a garantir que o processo se realize de modo “equo”, isto é, tendo todos a possibilidade de defender as suas razões, seja como autores, seja como réus.

Com esse objetivo, em tempos recentes os próprios Estados concordaram em proclamar, no plano internacional, os direitos da pessoa humana e, entre eles, algumas garantias fundamentais relativas ao modo como se hão de fazer os processos judiciais, comprometendo-se em respeitá-las os Estados Contratantes. (LIEBMAN, 1984, p. 8)

Pelo contexto apresentado por Liebman, o exercício da jurisdição impõe a implementação de garantias essenciais, consistentes, dentre outras, na independência do juiz, acesso aos tribunais, equidade e a implementação do contraditório, sendo que, neste último

quesito, o autor aponta que “o juiz não pode processar nem julgar sem ter chamado diante de si todas as partes, para ouvir suas razões” (LIEBMAN, 1984, p. 11).

Mais adiante, ainda sobre o princípio do contraditório, Liebman assevera que

Esse princípio imprime a todo o procedimento uma estrutura contraditória, uma vez que o juiz atua sobre todas as partes e estas devem poder assistir ao seu desenrolar, defendendo e comprovando as suas razões. Estamos diante de outras garantias da prolação de uma decisão tão justa quanto possível, as quais justificam aquela especial imutabilidade que é característica exclusiva dos atos jurisdicionais (autoridade da coisa julgada), naturalmente limitada apenas às partes e só ao objeto do processo. (LIEBMAN, 1984, p. 11).

Liebman não nega a natureza do processo como relação jurídica, visto que o seu pressuposto teórico é baseado nas lições de Chiovenda, mas reconhece a necessidade de implementação do contraditório entre as partes, e para ele a sua implementação se baseia na oportunidade de as partes poderem assistir, mediante defesa e comprovação de suas razões.

De fato, não é incorreta a visão liebmaniana de contraditório, desde que não se coloque em questão o poder que confere essa prerrogativa às partes. Quer-se dizer que, pela teoria do processo como relação jurídica, por mais que se cultive o contraditório, a ampla defesa e a produção probatória, o espaço de discursividade é estabelecido pelo juiz, pois a ele é conferido o poder de nortear a condução do processo, ficando as partes num plano de subserviência e inferioridade.

Desta feita, embora o modelo de processo como relação jurídica tenha sido implementado, com expressiva força, no ordenamento jurídico-normativo brasileiro, não se pode dizer que tal modelo seja constitucional e democraticamente adequado, em razão da pormenorização das prerrogativas das partes e da elevação da figura do juiz como o instituidor da justiça e o aplicador concreto da lei.

Nesta senda, afigura-se importante a noção que Elio Fazzalari traz ao processo, uma vez que o define como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica do ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119). A teoria do processo como procedimento em contraditório constitui, de fato, uma evolução da concepção de processo no momento em que nega a ideia de que o processo se constitui em um complexo de relações e passa a adotar uma noção de procedimento, assim entendido como uma sequência ordenada de atos, que se qualifica mediante a participação efetiva das partes.

É possível extrair que a movimentação processual ou, melhor dizendo, a sequência dos atos do procedimento jurisdicional se efetiva não só de acordo com a vontade do juiz, mas mediante a participação efetiva dos jurisdicionados, os quais, como ressalta Fazzalari, são os que realmente sofrem os efeitos da decisão final.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de **controles**, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 119-120) (grifo nosso)

A evolução da perspectiva processual, em Fazzalari, se observa, precipuamente, no momento em que se trabalha a possibilidade de controle, pelas partes, da atividade jurisdicional, o que não se verificava nos primeiros estudos da ciência processual com base na teoria do processo como relação jurídica.

Nessa linha de raciocínio, a presente pesquisa passa a analisar os aspectos das medidas de controle, pelas partes, da atividade jurisdicional e os seus desdobramentos no modo como as decisões jurisdicionais devem ser proferidas.

3 NULIDADES PROCESSUAIS E SANEAMENTO DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo das nulidades, na perspectiva da democratização do processo, é importante no momento em que se verifica que o processo como procedimento em contraditório garante às partes, na condição de atores da formação do convencimento jurisdicional, a possibilidade de atuação efetiva, participação e controle nos atos praticados no processo, com vistas a uma prestação jurisdicional válida, eficaz e de acordo com os parâmetros jurídico-normativos de patamar constitucional.

O desrespeito às garantias constitucionais do processo, às condições da ação e aos pressupostos processuais é reconhecido como vício processual, que pode assumir variados graus de lesividades a direitos das partes, razão pela qual são cabíveis diferentes meios de impugnação, conforme se tentará abordar nos itens a seguir.

3.1 Vícios processuais e preclusões no processo democrático-participativo

A importância de se trabalhar os vícios ou nulidades processuais se baseia na necessidade de, além de responder a pergunta-problema já elucidada, abordar as possibilidades jurídicas de controle, pelos sujeitos do processo, dos atos jurisdicionais.

É sabido, consoante a doutrina tradicional, que o juiz, no exercício da jurisdição, tem a possibilidade de anular atos viciados praticados no curso do procedimento jurisdicional, desde que o momento processual para o saneamento seja adequado. Aliás, é dever institucional do juiz primar pela lisura do processo e pela correção dos atos viciados. Entretanto, a questão que se coloca em discussão é a possibilidade, viabilidade ou, em alguns casos, a obrigatoriedade de movimentação/ação das partes no sentido de proporcionar o saneamento de irregularidades no tempo e no espaço jurídico-processual adequado.

Ressalte-se que o estudo dos vícios ou nulidades processuais está baseado no paradigma jurídico-normativo e nas circunstâncias de tempo e espaço. Desta forma, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, estruturado conforme uma Constituição escrita e rígida, o parâmetro para a definição das nulidades, bem como os modos possíveis de saneamento do processo, devem se fundamentar nas diretrizes constitucionalmente previstas.

É possível, deste modo, verificar que o saneamento do processo, estimulado pelas partes e pelo juiz, se perfaz em controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais no âmbito do processo, o que, na teoria do processo como procedimento em contraditório, traduz o padrão mais adequado a ser difundido e aplicado por todos os operadores do direito.

Nada impede que seja efetuado o controle dos vícios processuais ou nulidades com base em normas infraconstitucionais, visto que estas normas são também de observância obrigatória. Entretanto, são elas reflexo das estipulações constitucionais que lhe dão respaldo ou fundamento.

Toma-se como exemplo desta assertiva a previsão constitucional de fundamentação das decisões jurisdicionais. Tal questão, além de ser um ponto importante do estudo, se traduz em relevante demonstração do caráter complementar e integrador das normas infraconstitucionais perante a Constituição vigentes.

Conforme se observa do art. 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, existe uma garantia fundamental de fundamentação das decisões jurisdicionais, cuja inobservância provoca a sua nulidade. Trata-se, em verdade, de norma de eficácia plena e de força cogente, mas não se tem, por parte do constituinte, um esforço metodológico de se definir sobre que aspectos se consubstanciaria a devida fundamentação das decisões.

Em razão dessa abertura provocada pela ausência de definição constitucional do que seria considerada uma decisão fundamentada, tornou-se papel dos aplicadores do direito e da doutrina a estruturação e a implementação pragmática do conceito.

Desta feita, a Lei Federal nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, normatizou e estabeleceu parâmetros de definição do que seria uma decisão efetivamente fundamentada. Aliás, a referida lei estabeleceu hipóteses em que não seria uma decisão considerada fundamentada. É o que se verifica da leitura do art. 489, sobretudo o seu §1º, nos seguintes termos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015) (grifo nosso)

Verifica-se que, em se tratando de fundamentação das decisões, o controle de constitucionalidade, realizado pelas partes e pelo juízo, no curso do procedimento jurisdicional, se perfaz mediante a interpretação da norma constitucional com o auxílio da norma processual infraconstitucional alusiva à mesma questão, sendo possível inferir que, na hipótese, a norma infraconstitucional assume caráter integrador e auxiliar da forma normativa do conceito de fundamentação das decisões já estipulado na Constituição da República.

Melhor dizendo, em sendo violado um dos incisos do §1º do art. 489 do Código de Processo Civil Brasileiro, estar-se-á, igualmente, violando o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Neste sentido, é importante analisar os graus ou níveis de lesividade das nulidades processuais, bem como os prazos ou momentos adequados para impugnação ou declaração dos vícios, além do modo como deve proceder cada parte ou o magistrado.

São observáveis as nulidades absolutas e relativas, e suas diferenças se baseiam justamente na gravidade de seus reflexos no deslinde processual. Admite-se como nulidade relativa o vício processual consubstanciado pela não observância de norma dispositiva, de interesse individual e que não provocam a frustração dos pilares do direito processual ou da prestação jurisdicional.

Merece importância destacar que as nulidades relativas são acobertadas e imutabilizadas pela preclusão, a partir do que não se pode mais pleitear a renovação ou o saneamento do ato viciado. Neste sentido, a única exigência que se faz é a de se viabilizar à parte interessada a possibilidade de, na primeira oportunidade, requerer a correção ou a repetição do ato viciado.

Noutro giro, existem os vícios de natureza mais grave, em razão do que são reconhecidos como nulidades absolutas, cuja lesividade pode alcançar não apenas os interesses das partes, mas também a lisura da prestação jurisdicional. Dentre as nulidades absolutas, encontram-se os vícios consistentes em atos nulos e atos inexistentes, sendo estes os vícios relacionados aos pressupostos processuais de existência, ao passo que aqueles se relacionam aos pressupostos de validade.

Nesse sentido, vale para este estudo a lição de Fabrício Veiga Costa, que preleciona que, ao estudar as nulidades processuais relacionados à sentença, tece considerações importantes. Para ele, “consideram-se nulas e inexistentes as sentenças proferidas contrariamente a normas jurídicas cogentes, como é o caso dos pressupostos processuais, condições da ação, princípios constitucionais do processo e direitos fundamentais.” (COSTA, 2018, p.142)

Tais nulidades, por serem absolutas, podem ser arguidas de ofício pelo juiz ou suscitadas pelas partes. E quanto à possibilidade de manifestação de ofício pelo juiz, são importantes as considerações de Tereza Arruda Alvim Wambier que, em seus estudos, preleciona que “[...] a circunstância de o juiz poder manifestar-se de ofício a respeito de uma série de matérias é típica do regime das nulidades absolutas [...]” (WAMBIER, 1998, p. 136-137).

Porém, é relevante o estudo acerca do momento adequado de se arguir a nulidade, uma vez que o processo se consubstancia pela sucessão de atos cuja prática depende dos prazos previstos no ordenamento jurídico. Isto porque, mesmo considerando que as nulidades

absolutas são passíveis de reconhecimento a qualquer tempo, a lei processual estabeleceu um marco a partir do qual não mais se pode discutir a nulidade.

Trata-se, da coisa julgada, a qual, em princípio, tem o condão de conferir imutabilidade à decisão jurisdicional não mais passível de recurso ou, em alguns casos, ação rescisória ou *querela nullitatis insanabilis*¹. Nesta senda, não se afasta a necessidade de as partes perseguirem o reconhecimento da nulidade absoluta mediante a interposição dos recursos adequados, com a observância aos respectivos prazos, de modo a evitar o trânsito em julgado da decisão e a conseqüente imutabilização do comando judicial.

A partir de agora, serão concentrados os esforços em analisar a nulidade processual provocada em razão da violação do princípio da não surpresa, a fim de se alcançar, enfim, o resultado da pergunta-problema em análise.

4 PRINCÍPIO DA NÃO-SURPRESA E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* EM GRAU RECURSAL

Levando-se em consideração o modelo de processo adequado às necessidades jurisdicionais dos verdadeiros interessados pelo provimento jurisdicional e partindo-se da premissa das possibilidades jurídicas de correção de vícios processuais, conforme exposto nos capítulos anteriores, torna-se facilitado o estudo do princípio da não-surpresa e das (im)possibilidades de correção ou declaração de nulidade decorrente de sua violação, o que se realizará mediante o estabelecimento de reflexões importantes que tangenciam a análise das preclusões, da necessidade ou não de se prestigiar a inércia ou o ativismo do julgador de primeiro e segundo graus e, ainda, a (des)necessidade de manifestação expressa da parte interessada como pressuposto do agir jurisdicional com vistas ao saneamento do processo em questões que envolvem direito puramente patrimonial.

4.1 Fundamentos jurídico-normativos do princípio da não-surpresa

A democratização do processo traz implicações importantes no que se refere ao modo como se deve proferir uma decisão jurisdicional, seja ela interlocutória, seja final, uma vez que o resultado da manifestação do magistrado deve refletir, de fato, todo o produto do espaço de discussão construído conjuntamente pelos sujeitos do processo.

1 Os institutos da Ação Rescisória e da *Querela Nullitatis Insanabilis* não são objeto deste estudo, razão pela qual não serão realizados aprofundamentos a respeito.

Não se admite, sob o prisma da processualidade democrática, o julgamento solitário do juiz, que se caracteriza mediante a construção dos fundamentos da decisão com base em questões fáticas ou jurídicas não submetidas a discussão pelos interessados, ou mesmo em questões cuja discussão não tenha sido ao menos oportunizada.

As diretrizes constitucionais do processo não sobrepõem as convicções pessoais do julgador, pautadas em sua subjetividade ou em sua experiência de vida. Antes disso, deve-se levar em conta uma construção racional do convencimento jurisdicional pautada em critérios objetivos, de modo a possibilitar a refutação, pelos interessados, mediante a utilização de todos os meios processuais adequados.

É nesse contexto que se pretende demonstrar que a consciência do julgador não pode ser o norte a reger e a conduzir a construção da decisão judicial. No momento em que a pretensão é levada ao judiciário a última expectativa do jurisdicionado deve ser aquela referente à opinião ou à visão subjetiva do julgador sobre um determinado caso concreto. O direito de ação no Estado Democrático materializa-se na oportunidade que o jurisdicionado tem de não se submeter a uma jurisdição sacerdotal, de poder discutir efetivamente as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo e, acima de tudo, obter um provimento discursivamente construído pelas partes interessadas a partir de um debate que se desenvolve mediante critérios objetivamente jurídicos, em que a subjetividade do julgador fica para segundo plano, devendo prevalecer a Hermenêutica Constitucional como referencial para análise da pretensão deduzida. (COSTA, 2017, p. 38-39)

O princípio da não surpresa foi abordado com maestria pelo professor Dierle José Coelho Nunes (2008), que, em sua obra, após fazer uma análise do ordenamento processual internacional, considerou que as argumentações das partes deviam ser levadas em consideração no momento em que o juiz proferisse a decisão, de modo que se evitaria a prolação de decisão solitária e desvinculada dos argumentos apresentados pelas partes.

Para ele, a não observância a esse preceito caracterizaria a decisão surpresa, uma vez que o juiz, ao apresentar um argumento não debatido anteriormente pelas e entre as partes, promoveria uma situação imprevisível. Assim, concluiu pela necessidade de declaração de nulidade da decisão surpresa.

Com essas considerações, o referido autor assevera que

O princípio permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos [...] cujos efeitos sofrerá. A decisão não pode mais ser vista como expressão da vontade do decididor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação)_ que sejam convincentes para todos os interessados no espaço

público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.

Ademais, deve-se afastar a idéia de que a concepção pública do processo se dá tão somente pela participação dos juízes. (NUNES, 2012, p. 237-238)

O ideário de inadmissibilidade de decisões surpresa ressoou no Brasil com o advento da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, que, no art. 10, estabeleceu expressamente que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL, 2015)

O princípio da não-surpresa tem repercussão na esfera da fundamentação das decisões jurisdicionais na medida em que impõe ao juiz uma ação e uma abstenção no ato de julgar. Significa dizer que o juiz tem o dever de oportunizar a participação das partes e, ao mesmo tempo, se abster de utilizar fundamento não debatido pelas partes para formar suas convicções.

Trata-se de uma regra imperativa e de ordem pública, uma vez que a expressão “o juiz não pode decidir” impõe ao magistrado um padrão de conduta inarredável, tanto que a norma processual não traz exceções ao comando normativo. Nesse sentido, a violação ao previsto no art. 10 do Código de Processo Civil brasileiro vigente constitui nulidade absoluta.

4.2 Não-Surpresa em grau recursal e (im)possibilidade de reconhecimento *ex officio* da decisão viciada

Em sendo violada a previsão expressa de vedação à surpresa no ato de decidir, como já visto, a decisão é passível de cassação pelo órgão encarregado de analisar eventual recurso interposto pela parte interessada. Mas a questão-chave da presente pesquisa, frise-se, é analisar se a cassação da decisão viciada pode ser promovida de ofício ou depende de expresso requerimento da parte interessada, nas ações que envolvem direito puramente patrimonial.

Embora se saiba que a nulidade em questão é absoluta, passível de manifestação de ofício, é importante confrontar as premissas até então analisadas com os institutos relacionados ao direito de recorrer, de modo a se estabelecer uma abordagem completa e harmônica com o a sistemática processual democrática.

No campo das nulidades, por mais que se tenha dedicado um capítulo deste trabalho para a abordagem da questão, foi propositalmente fragmentada a discussão para que, neste

momento, fosse possível estabelecer uma diferenciação importante para o alcance dos resultados deste estudo.

É sabido, no campo das nulidades, que estas, para além das classificações já apresentadas, podem se dividir em dois tipos de vícios, os quais serão brevemente elucidados nesta oportunidade. Trata-se dos vícios/erros de julgamento ou na formação das convicções jurisdicionais (*errores in iudicando*) e dos vícios/erros/falhas no procedimento jurisdicional (*errores in procedendo*). Com relação aos primeiros, a consequência jurídica, em grau recursal, caso o recurso seja, por óbvio, provido, é a reforma da decisão objeto do recurso, ao passo que, quanto aos segundos, a consequência jurídica é a cassação da decisão e o retorno dos autos ao juízo originário para que, com a correção do vício, seja proferida nova decisão.

Neste momento, torna-se relevante a consideração de que, no tocante aos *errores in procedendo*, impera no ordenamento jurídico do prejuízo, pelo qual só haverá anulação e repetição do ato mediante a demonstração do prejuízo à parte interessada. Vale, neste momento, reproduzir disposições do Código de Processo Civil vigente no Brasil:

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º **O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.**

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. **Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.** (BRASIL, 2015) (grifo nosso)

A demonstração do prejuízo, como visto, é condição para o reconhecimento do vício e a respectiva renovação do ato. E nessa linha de raciocínio, tem-se que a ocorrência de erro *in iudicando*, por si só, já caracteriza o prejuízo em face daquele contra quem foi proferida a decisão jurisdicional. Assim, em grau recursal, incumbe ao interessado argumentar no sentido da ocorrência do erro/vício, a fim de que seja reformada a decisão.

Por outro lado, observado o erro *in procedendo*, o reconhecimento do vício depende da demonstração, pelo interessado, da repercussão negativa sofrida em razão da irregularidade, caso contrário, não haverá declaração de nulidade nem repetição do ato.

Ressalte-se que, em ambos os casos, e nos termos do mencionado §2º do art. 282 do Código de Processo Civil, exige-se, para a consideração, pelo magistrado, do ato viciado, a demonstração da sucumbência da parte prejudicada pelo vício, assertiva que converge,

também, com o disposto no art. 996 do mesmo diploma normativo. Trata-se de um reforço à ideia de necessidade da demonstração do prejuízo.

Constata-se, mediante as considerações apresentadas, que quaisquer arguições ou declarações de nulidade dependem, necessariamente, da demonstração do prejuízo, e nesta ótica, a declaração de nulidade em razão da não observância do princípio da não-surpresa deve seguir a mesma linha de raciocínio.

Convergindo-se os esforços para a estrutura normativa brasileira dedicada aos recursos cíveis, merecem destaque diretrizes importantes que nortearão os rumos do presente estudo. Nesta senda, analisando a norma processual vigente (Código de Processo Civil), extrai-se que a parte sucumbente (art. 966) tem o dever de, no momento de recorrer da sentença, suscitar todos os pontos de controvérsia cujo debate se pretende, sendo de se ressaltar que as questões não passíveis de preclusão pela via do agravo de instrumento devem ser suscitadas pelas partes no momento da interposição do recurso (art. 1.009, §1º).

Isto se deve ao fato de que o órgão recursal está adstrito às questões postas em debate pelas partes por meio das razões e contrarrazões recursais, assim como o juízo de primeiro grau está adstrito ao conjunto de pontos controvertidos formulados pelas partes na fase postulatória.

Sobre os pontos da sentença não submetidos à apreciação em grau recursal impera a preclusão máxima da coisa julgada, o que impede manifestação posterior nos mesmos autos, bem como em processos futuros sobre o mesmo objeto, desconsideradas, como dito, as hipóteses de ação rescisória e *querela nullitatis insanabilis*.

Deste modo, como pode o magistrado de segundo grau reconhecer a violação do princípio da não-surpresa sem que haja requerimento formulado pela parte interessada?

Se o magistrado de segundo grau cassar, de ofício, uma decisão de primeiro grau, em razão da violação do princípio da não surpresa, a despeito de não existir requerimento expressa da parte interessada, estará, novamente, sendo violado o princípio da não surpresa, só que em grau recursal, uma vez que, não tendo as partes, seja nas razões ou contrarrazões, se manifestado acerca da matéria, o juízo de segundo grau proferiria uma decisão com base em um fundamento surpresa. Mas este argumento pode ser, num primeiro momento, falho por não considerar a hipótese em que o magistrado, antes de apreciar a questão e entendendo que se trata de matéria de ordem pública, renove vista às partes para que se manifestem.

Porém, ao decidir de ofício a questão, estará o magistrado praticando ato incompatível com a previsão normativa prevista no art. 1.009, §1º do CPC, mediante o qual é dever das partes suscitar todos os pontos sobre os quais se requer análise em grau recursal.

Isto porque, se a parte não arguiu a ocorrência do vício, por presunção não se sentiu lesado ou não observou prejuízo em seu desfavor, o que, por mais que se esteja diante de uma nulidade absoluta, impossibilita a revisão judicial. Entendimento contrário seria o mesmo que pormenorizar a força normativa do princípio do prejuízo. Por esta razão, só é possível a cassação de decisões de primeiro grau, por violação do princípio da não-surpresa e em grau recursal, mediante requerimento da parte interessada.

É válido ressaltar que a assertiva ora esboçada é compatível com a sistemática processual democrática, uma vez que não se está reduzindo as atribuições legais conferidas ao magistrado ou ferindo o direito das partes. Pelo contrário: previne-se a prática de invalidações de atos jurisdicionais de forma indiscriminada, a despeito da finalidade do processo que é, precipuamente, a de solucionar, no menor tempo e com o maior debate possível, as controvérsias postas em debate.

O princípio da não-surpresa não pode ser utilizado como um mecanismo de encampação, pelo juiz, das atribuições que são das partes, razão pela qual, em grau recursal, a nulidade cometida pelo juízo da decisão recorrida só pode ser reconhecida caso haja requerimento expresso, inclusive porque cabe à parte interessada demonstrar em que aspectos a nulidade lhe prejudica. Neste sentido, e voltando a discutir as implicações dos *errores in judicando* e *errores in procedendo*, cabe, neste momento, asseverar que a violação do princípio da não-surpresa constitui, necessariamente, erro *in procedendo*, na medida em que caracteriza erro na técnica utilizada para a formação do convencimento.

Não submeter fundamento da sentença ao debate das partes é erro de procedimento, e não erro de julgamento, uma vez que o fundamento utilizado pelo magistrado pode estar, inclusive, correto, e o erro seria considerado apenas pelo fato de não ter sido oportunizado o debate. Por isso é que se pode afirmar que a violação do princípio da não-surpresa constitui erro *in procedendo*. Nesta toada, o reconhecimento da nulidade depende da demonstração do prejuízo, e esse ônus não é do juiz, e sim da parte interessada.

O recurso, ato voluntário da parte sucumbente, não pode ser confundido com o instituto da remessa necessária, que consiste na sujeição, de ofício, de decisão jurisdicional ao duplo grau de jurisdição, a fim de que o tribunal, analisando o processo e a sentença, convalida ou reforma a decisão. Nesta hipótese, todas as questões relativas ao processo podem ser reavaliadas de ofício, consoante expressa autorização normativa. Pelo menos é o que dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 496.

Corrigir, de ofício, nulidades processuais relativos ao princípio da não-surpresa, sem que haja expresso requerimento da parte interessada, seria o mesmo que transformar o recurso

em remessa necessária, possibilitando, em casos de extrema leviandade, o que se esboça apenas para argumentar, que a parte recorra simplesmente pela esperança de receber do magistrado, em grau de recurso, a reconsideração de uma questão que o recorrente não conseguiu vislumbrar e que poderia provocar a cassação da decisão recorrida, sem nenhum esforço por parte do recorrente.

Trata-se, completamente, de uma inversão de atribuições, passando o juiz a desempenhar as funções que cabem, na verdade, às partes e seus procuradores. Reconhecer ao jurisdicionado o direito de debater e de influir na formação do convencimento pressupõe a assunção de deveres, dentre os quais está o de perseguir, ao máximo, a proteção dos interesses pessoais discutidos no processo, evitando a preclusão e permitindo que o órgão jurisdicional, sem se desvestir do seu dever de respeitar a inércia e a imparcialidade, analise os pontos de controvérsia conforme os requerimentos a ele apresentados.

Por esta razão, entende-se pela impossibilidade de reconhecimento, *ex officio*, da violação do princípio da não-surpresa, visto que a arguição do vício, pela parte interessada, é condição para a apreciação do juízo recursal. A evolução da noção de processo com um mecanismo democrático de resolução dos conflitos, consubstanciado pela oportunização do debate e da paridade de armas, o que se opera mediante o contraditório, não pode permitir que os institutos jurídicos, criados precipuamente para beneficiar cada vez mais o jurisdicionado, sejam utilizados de forma indistinta e desfocadas de uma interpretação racional e adequada, sob pena de, ao contrário do que se pretende, acarretar prejuízos à efetividade processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão de qualquer instituto processual depende, precipuamente, da análise da teoria do processo a ser utilizada como paradigma. E neste sentido, o processo como procedimento em contraditório foi utilizado como o parâmetro para a elaboração das reflexões aqui apresentadas.

A viabilização da paridade de armas e a superação do processo como mera relação jurídica, que acaba por colocar o juiz como o protagonista do deslinde processual e da formação do convencimento, garante às partes a possibilidade de influir no provimento final, sendo substituída a condição de passividade para uma situação de atividade plena com o objetivo de construir, de forma conjunta e dialética, os rumos para a solução da lide.

Nesta ótica, o enfrentamento da teoria das nulidades se mostra importante, na medida em que, sendo expungida a noção de passividade das partes, estas passam a ter condições de,

independentemente da vontade do juiz, perseguir o saneamento do processo e a correção das nulidades relativas e absolutas eventualmente observadas, situação que impõe, na primeira oportunidade possível, a arguição e a discussão da questão, sob pena de preclusão ou coisa julgada.

Nesta senda, o princípio da não-surpresa, previsto no Código de Processo Civil vigente e que impõe ao magistrado o dever de fundamentar suas decisões com base em questões anteriormente debatidas entre as partes, é reconhecido neste estudo como regra cogente cuja inobservância acarreta nulidade absoluta.

Entretanto, mesmo admitindo a assertiva de que as nulidades absolutas possam ser reconhecidas de ofício, há que se atentar para o fato de que, conforme esboçado, a violação da não-surpresa constitui erro *in procedendo*, o que impõe a demonstração do prejuízo para que o ato viciado seja anulado ou cassado.

Neste sentido, considerando que é dever da parte interessada demonstrar a ocorrência do prejuízo, a decisão objeto de recurso, viciada em razão do desrespeito ao princípio da não-surpresa, só poderá ter a nulidade reconhecida pelo juízo recursal se houver expresso requerimento. Tal assertiva se fundamenta na diretriz processual segundo a qual as questões não postas em debate, em grau recursal, são acobertadas pela preclusão (em se tratando de decisões interlocutórias) ou pela coisa julgada (em se tratando de decisões definitivas), excluídas, obviamente, as hipóteses em que seja cabível a Ação Rescisória ou a *Querela Nullitatis Insanabilis*.

Portanto, a pergunta-problema é respondida no sentido de que não pode ser reconhecida a violação do princípio da não surpresa, em grau recursal, uma vez que tal reconhecimento depende do requerimento expresso da parte interessada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 jun. 2018.

BRASIL. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso 28 mar. 2018.

BÜLLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. Vol.1. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. A consciência do julgador no ato de decidir: um estudo crítico sob a ótica da processualidade democrática. In: NEVES, Isabela Dias; COSTA, Fabrício Veiga (Org). *Pesquisa jurídica no Estado Democrático: I Encontro interinstitucional de iniciação científica em direito*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 37-62.

COSTA, Fabrício Veiga. Querela Nullitatis Insanabilis e segurança jurídica: um estudo crítico da coisa julgada material. *Revista Argumentum*. eISSN 2359.6889, Marília – SP, v. 19, nº 1. pp. 129-153, Jan-Abr. 2018.

DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. 2.ed. ver. ampl. atualizada. Curitiba: Juruá, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Traduzido por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FREITAS, Marcello Cinelli de Paula. *Nulidades da sentença cível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol.1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1.ed. (2008) 4ª reimpressão (2012). Curitiba: Juruá, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Renan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol.1. 58.ed.rev.atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4.ed.revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.