

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 - UNIVEM – 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 (UFSM – 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

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa ; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-061-9

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O I Evento Virtual do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa que ocorreu nos dias 24, 25, 26 27, 29 e 30 de junho de 2020, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum ao mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Ilton Garcia Da Costa foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1 - POSSÍVEIS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO A PARTIR DA LEI Nº 13.467/17.

2 - PERSPECTIVAS DO DIREITO DE REUNIÃO E MANIFESTAÇÃO ANTE AS JORNADAS DE JUNHO

3 - NOVOS DIREITOS E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO OLHAR CRÍTICO DE ENRIQUE DUSSEL

4 - O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL (ECI) NA REALIDADE BRASILEIRA: VIOLAÇÕES SISTÊMICAS E FALHAS NA SAÚDE.

5 - O HABEAS DATA COMO TUTELA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

6 - O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESA: SERÁ QUE OS TRIBUNAIS BRASILEIROS SURPREENDEM?

7 - O DIREITO À HONRA POST MORTEM: LIMITAÇÕES E AVANÇOS NO DIREITO BRASILEIRO A LUZ DA GESTÃO DE CONFLITOS

8 - DIREITO AO ESQUECIMENTO: O PANORAMA EUROPEU E O SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

9 - LEI DE DEUS E LEI DOS HOMENS: EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DEVER CRISTÃO.

10 - INTERVENÇÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO MENOR NA CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM – UMA ANÁLISE A PARTIR DA DICOTOMIA LIBERDADE VERSUS PROTEÇÃO

11 - ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A DEFESA DA SEGURANÇA NACIONAL NO BRASIL

12 - DA EVOLUÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

13 - DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE VERSUS SEGURANÇA PÚBLICA: PONDERAÇÃO DE VALORES E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO

14 - A ESCUTA PROTEGIDA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL

15 - DEMOCRATIZAÇÃO E PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ERA TECNOLÓGICA – ANÁLISE DOS SITES VOTENAWEB E E-DEMOCRACIA

16 - A ORTOTANÁSIA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

17 - A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

18 - A BIOGRAFIA NÃO AUTORIZADA DE SUZANE VON RICHTHOFEN: UMA ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

19 - O RECONHECIMENTO DA INCLUSÃO DIGITAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

20 - PRIMAZIA DO VALOR DA DIGNIDADE HUMANA FRENTE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUANDO DA SUA COLISÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar do grupo de trabalho e da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESA: SERÁ QUE OS TRIBUNAIS BRASILEIROS SURPREENDEM?

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CONTRADICTORY AND THE PROHIBITION TO SURPRISE DECISIONS: DOES THE BRAZILIAN COURTS SURPRISE?

Camilo Plaisant Carneiro ¹
Raisa Duarte Da Silva Ribeiro ²

Resumo

A Constituição prevê princípios aplicáveis ao processo, essenciais para a garantia do devido processo legal, como é o caso do contraditório. Esse princípio determina que uma decisão a ser aplicada a um caso concreto só poderá se pautar em justiça se efetivamente garantir a oitiva de ambas as partes que figuram em um processo. Ocorre, contudo, que a concepção atual de contraditório permeia uma série de considerações e interpretações variadas. O presente trabalho terá como escopo analisar essas variações e, por consequência, verificar sua relação com o posicionamento jurisprudencial relativo à vedação de “decisão surpresa”, após previsão expressa no CPC.

Palavras-chave: Contraditório efetivo, Poder de influência, Contraditório postergado, Vedação às decisões surpresas, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian constitution regulates constitutional principles applied to process, such as the due process of law and the contradictory. The principle of contradictory indicates that a decision to be applied to a specific case only be based on justice, if it effectively ensures the participation of both parties that appear in a case. It occurs, however, that the current conception of contradictory permeates a series of varied considerations and interpretations. This work will analyze these variations and verify their relationship with the jurisprudential position regarding the prohibition of “surprise decision”, after express provision in the Process Civil Code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Effective contradictory, Power of influence, Postponed contradictory, Prohibition against surprise decisions, Jurisprudence

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito.

² Professora de Direito Constitucional da FND/UFRJ. Doutoranda em Direito pelo PPGD-UFRJ, mestra em Direito Constitucional pela UFF. Pesquisadora do NIDH-UFRJ.

INTRODUÇÃO

O contraditório é um princípio processual contido no texto constitucional, elencado como cláusula pétrea, e cuja observância é obrigatória. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LV, determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

O princípio do contraditório é um dos mais importantes corolários do devido processo legal, sendo considerado pela doutrina moderna elemento estruturante do processo, de forma que não se pode falar na existência dele, sem a estrita observância a um contraditório efetivo.

A aplicação deste princípio no processo civil não é nenhuma novidade. No entanto, a doutrina vinha clamando pela observância de uma visão moderna do contraditório, o que nem sempre era visualizado na prática, com a adoção de práticas diversas pelos tribunais.

Tendo tais fatos como pano de fundo, o presente artigo pretende analisar o princípio do contraditório, em sua roupagem de “contraditório real e efetivo”, observando os desdobramentos que a legislação processual civil trouxe ao regulamentar essa norma fundamental do processo e seu impacto perante os julgadores, verdadeiros atores que materializam o preceito abstrato regulado pelo legislador, configurado como norma constitucional instituidora de direitos fundamentais essencial para a garantia do devido processo legal.

Assim, pretende-se analisar os elementos tradicionais do contraditório e a sua visão moderna, que engloba o poder de influência, bem como suas consequências, tais como os casos em que o preenchimento do contraditório não será necessário, eis que inútil para o deslinde da causa; os casos de contraditório diferido ou postergado; e, ainda, a visão do contraditório como vedação às decisões surpresas, este último estudo contando com análise, ainda, de decisões judiciais referentes ao tema.

1. O CONTRADITÓRIO E O PODER DE INFLUÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é um marco histórico na história constitucional brasileira na temática de direitos humanos, na medida em que introduziu o catálogo mais extenso e abrangente de direitos, das mais variadas espécies (civis e políticos, sociais, culturais e econômicos, transindividuais, etc), consagrou diversos remédios constitucionais e ressaltou que a não exaustividade desses direitos (RAMOS, 2016, p. 391). Além disso, modificou a topografia clássica dos textos constitucionais que lhe precederam,

alocando a previsão do catálogo de direitos e garantias fundamentais como um de seus primeiros títulos¹.

O artigo 5º é o principal artigo que exemplifica os direitos e garantias individuais, prevendo matérias referentes ao direito à vida, às liberdades, à igualdade, à segurança e à propriedade.

No contexto das normas referentes à segurança², inserem-se as matérias relativas à segurança na seara processual. Assim, o referido artigo constitucional institui normas referentes ao processo, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, a duração razoável do processo, entre outros.

Com relação ao princípio do contraditório, inciso LV do referido artigo disciplina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Observe que há a previsão do contraditório, sem, no entanto, especificar a matéria, que fica à cargo do legislador e da doutrina.

O antigo Código de Processo Civil não disciplinava a matéria do contraditório. Como as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, conforme determinação constitucional, o princípio do contraditório era aplicado aos processos em geral, sendo o seu conteúdo desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

Todavia, diante de diversos casos de inobservância da finalidade do princípio do contraditório, que consiste em garantir a oitiva real das partes do processo, e da edição de decisões que violavam esse princípio, o anteprojeto do novo Código de Processo Civil decidiu regulamentar essa norma constitucional, com o objetivo de garanti-la uma maior efetividade³.

Assim, o novo Código de Processo Civil (NCPC ou CPC/2015), em seu artigo 7º regulamentou o arcabouço do princípio do contraditório, sendo certo afirmar que a sua

¹ Trata-se do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, que vem logo após o Título I, referente aos Princípios Fundamentais. A CRFB primeiro traz o catálogo de direitos fundamentais para depois normatizar a parte referente à organização do Estado e dos poderes, alterando a lógica existente nas constituições anteriores e demonstrando a maior relevância dos direitos fundamentais diante da reabertura democrática.

² Cabe ressaltar que o valor da segurança passa a ser incluído como um dos valores da nova trilogia dos direitos fundamentais (segurança, diversidade e solidariedade) proposta por Erhard Denninger no lugar da tradicional geração de direitos fundamentais (liberdade, igualdade e fraternidade). Para mais sobre o tema, conferir: MORAES, Guilherme Peña de. Desafios e Perspectivas do Direito Constitucional do século XXI. P. 31-42. In: RIBEIRO, Raisal; COSTA, Rodrigo; VIDAL, Adriana (Org). Temas contemporâneos de Direitos Humanos. São Paulo: Editora LiberArs, 2017, p. 36-37

³ Sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

aplicação não pode ser realizada apenas com base nos seus elementos tradicionais, mas sob um enfoque moderno.

A roupagem atual do referido princípio, visto como efetivo e substancial, está consagrada no artigo 7º do CPC, que determina: “*É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*”

Esta nova faceta já vinha sendo sustentada e aclamada pela doutrina constitucional e processualista brasileira antes do advento da lei 13.105/2015, que instituiu o texto processual vigente. O contraditório deixou de ser analisado apenas como a necessidade de informação com a consequente possibilidade de reação das partes (GRINOVER, 1990, p. 4), sendo complementado com um terceiro elemento: o poder de influência (DINAMARCO, 1986, p. 95).

Este terceiro elemento traz um novo contorno ao princípio do contraditório, na medida em que impõe que as manifestações das partes sejam capazes de influenciar no convencimento do juiz, de forma que as argumentações das partes deverão ser efetivamente escutadas e levadas em conta no momento de o magistrado proferir a sua decisão.

Assim, o contraditório, além de assegurar a ciência bilateral dos atos e termos do processo com a posterior possibilidade de manifestação sobre eles (GRINOVER, 1990, p. 4), deve também garantir um real poder de influência das partes na decisão do magistrado.

Na esteira de conferir uma nova roupagem ao princípio do contraditório, o artigo 9º do CPC consagra e esclarece algumas questões importantes sobre a aplicação prática desta norma fundamental. Senão vejamos:

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

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

O *caput* do dispositivo em menção consagra a regra geral de que nenhuma decisão poderá ser proferida contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Acerca desta redação, duas observações se fazem necessárias.

Em primeiro lugar, a redação do *caput* foi atécnica ao afirmar que não será proferida decisão contra uma das partes “*sem que ela seja previamente ouvida*”. O princípio do contraditório não impõe uma obrigatoriedade de oitiva das partes, mas sim que sua manifestação seja oportunizada.

Assim, tem-se como elemento estruturante do contraditório a “*possibilidade de manifestação*”. E este elemento deve ser analisado e interpretado de acordo com a natureza do direito material controvertido (CAMARA, 2014, p. 60). Explica-se.

Se o direito material controvertido for disponível, a mera possibilidade de reagir das partes satisfaz o princípio do contraditório; se o direito material controvertido for indisponível, exige-se a efetiva reação, criando-se mecanismos de reação ficta no caso de não haver uma real manifestação da parte (NEVES 2015, p. 82).

De acordo com a breve explanação realizada, ao afirmar que nenhuma decisão poderá ser proferida contra uma das partes “*sem que ela seja previamente ouvida*”, o CPC quis afirmar que nenhuma decisão deve ser proferida contra uma das partes *sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de se manifestar*. De *lege ferenda*, este é o significado do dispositivo em menção.

Nesta seara, cabe mencionar que a possibilidade de reação sempre foi considerada um clássico elemento estruturante do princípio do contraditório. Após a informação, faz-se necessária a abertura de prazo para que a parte contrária possa se manifestar.

Em segundo lugar, o *caput* do dispositivo em comento determina que não será proferida decisão *contra uma das partes* sem que sua reação seja oportunizada. *A contrario sensu*, pode-se proferir uma decisão sem que tenha sido oportunizada a oitiva prévia da parte beneficiada, o que consagra a ideia de um “*contraditório inútil*” (NEVES 2015, p. 82).

Neste contexto, cabe salientar que princípio do contraditório pode ser analisado sobre dois enfoques: jurídico e político (CAMARA, 2014, p. 59-62). Sob o enfoque jurídico, analisa-se quais são os elementos estruturantes do contraditório; sob o enfoque político, analisa-se que o princípio do contraditório, em razão de possibilitar a manifestação das partes, legitima os atos de poder do Estado.

Sobre o aspecto político do princípio do contraditório, (CAMARA, 2014, p. 62) esclarece que “só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento”.

No entanto, o contraditório, assim como todos os demais princípios processuais constitucionais, não é absoluto, podendo sofrer ressalvas⁴ em determinadas situações, no intuito de compatibilizar-se com outros princípios fundamentais.

⁴ Em sentido contrário, há doutrinadores que não admitem a não observância do princípio do contraditório: *Ibidem*, p. 63; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, cit., o. 63.

Nesta esteira, a leitura *a contrario sensu* do *caput* do dispositivo em menção traz uma exceção à regra do contraditório, consagrando a ideia de que em determinadas situações a observância do contraditório seria inútil, desnecessária.

Observa-se que este princípio é moldado essencialmente para a proteção das partes durante a demanda judicial, não tendo sentido que o seu desrespeito gere nulidades quando não gerar prejuízos a parte que não teve oportunizada a reação (NEVES 2015, p. 85).

É o que ocorre, por exemplo, com o julgamento liminar de improcedência, previsto no artigo 332 do CPC⁵, no qual o magistrado profere uma decisão sem a oitiva do réu, mas a favor dele (DIDIER, 2009, p. 450). Nesta hipótese, apesar de não haver a possibilidade de manifestação do réu e, portanto, não ter sido oportunizado o contraditório, este conseguiu o melhor resultado possível, sendo beneficiado pela decisão. A necessidade da observância do contraditório, no caso, seria inútil, porque não traria melhoras na situação fática da parte que não teve a oportunidade de se manifestar.

O mesmo ocorre com relação ao indeferimento da petição inicial, prevista no artigo 330 do CPC⁶. Nas hipóteses mencionadas, o magistrado pode liminarmente indeferir a petição inicial, o que é realizado sem a oitiva prévia da parte ré. No entanto, por ser beneficiada pelo indeferimento, lhe seria desnecessária a garantia do contraditório.

Os artigos 285-A e 295 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) já contemplavam as hipóteses de julgamento liminar de improcedência⁷ e do indeferimento da petição inicial.

⁵ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

⁶ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta; II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual; IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321. § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si. § 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito. § 3º Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.

⁷ Vide também os artigos 518, §1º, 544, §4º, II, b, ambos do CPC/73.

2. O CONTRADITÓRIO DIFERIDO

Passando a análise do parágrafo único do mencionado dispositivo, percebe-se que é consagrada outra exceção ao princípio do contraditório. Trata-se da figura do contraditório postergado ou diferido, no qual o contraditório será observado depois da prolação da decisão.

No contraditório tradicional, os seus elementos estruturantes seguem uma ordem natural: uma parte faz um pedido, informa-se a parte contrária acerca deste pedido e oportuniza a sua manifestação, para que depois se decida com base no que foi discutido. Por exemplo, o autor faz o pedido em sua petição inicial, informa-se o réu da existência do processo através da citação e abre-se prazo para as respostas do réu, após poderá haver a decisão.

Por outro lado, no contraditório diferido ou postergado, os elementos continuam existindo, mas sua ordem é invertida: após o pedido passa-se a decisão; após a decisão, informa-se a parte contrária e abre-se prazo para a sua manifestação.

O contraditório postergado ou diferido é excepcional, devendo ser aplicado de forma cuidadosa e somente quando houver permissivos legais. Esta excepcionalidade somente ocorre em duas hipóteses: quando houver sério risco a efetividade da tutela a ser concedida e quando houver uma opção legislativa.

No primeiro caso, deve haver risco a efetividade da tutela que será concedida caso haja a oitiva do réu. Este risco pode ser proveniente de dois fatores: quando a ciência da parte contrária puder ocasionar a prática de atos materiais que levem a ineficácia da tutela pretendida ou quando o lapso temporal exigido para a informação e a reação da parte contrária seja possa levar a ineficácia da tutela pretendida.

No segundo caso, o contraditório postergado ocorre porque houver uma opção do legislador neste sentido, ou seja, a lei determina que o contraditório deva ser realizado após a prolação da sentença.

O parágrafo único do artigo 9º do CPC, em rol exemplificativo, elenca hipóteses permissivas do contraditório diferido ou postergado, quais sejam: a tutela de urgência (inciso I), as tutelas de evidência (inciso II) e o mandado monitório (inciso III).

O inciso I do parágrafo único do dispositivo legal em comento elenca a clássica hipótese de contraditório diferido ou postergado: as tutelas provisórias de urgência, gênero no qual estão contempladas as espécies da tutela cautelar e da tutela antecipada.

Apesar do dispositivo em comento estipular que a regra do contraditório tradicional será excepcionada no caso das tutelas provisórias de urgência, é importante registrar que poderá

ser admitida também a concessão de tutela provisória de urgência pelo contraditório tradicional, quando não houver justificativa para sua concessão de forma excepcional.

Desta forma, para que a tutela provisória de urgência seja concedida através do contraditório postergado é necessário o preenchimento de dois fatores: os elementos que evidenciam a probabilidade do direito devem estar demonstrados nos autos e o risco que configura a urgência de sua concessão deve ser visualizado.

O inciso II do parágrafo único do dispositivo legal em comento faz menção a duas hipóteses de tutela de evidência, previstas em seu artigo 311, não precisam observar regra geral do princípio do contraditório, podendo ser concedidas através do contraditório diferido ou postergado. Eis a redação:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A tutela de evidência ocorre quando estão demonstrados nos autos elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado. E, de acordo com o artigo 9º, parágrafo único, inciso II combinado com o artigo 311, parágrafo único, ambos do CPC, haverá o contraditório diferido em duas das quatro hipóteses de tutela de evidência enumeradas, as quais serão analisadas neste momento.

A primeira hipótese refere-se aos casos em que as alegações de fato estiverem documentalmente comprovadas e houver tese jurídica firmada em julgado de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Cabe mencionar que, de acordo com o artigo 928⁸ o julgamento de casos repetitivos no CPC ocorrerá de duas formas: no Recurso Extraordinário ou no Recurso Especial Repetitivo; e no incidente de resolução de demandas repetitivas, hipótese de criação originária do novo diploma legal.

⁸ Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

A segunda hipótese refere-se ao pedido reipersecutório, quando houver prova documental do contrato de depósito. A ação de depósito era prevista como procedimento especial pelo CPC/73, tornando-se procedimento comum no CPC. Todavia, o CPC manteve a especialidade da ação de depósito, consubstanciada na possibilidade de concessão da medida liminar caso esteja documentalmente comprovada a existência do contrato de depósito.

Por fim, a última hipótese, contida no inciso III do parágrafo único do artigo 9º do CPC, faz remissão a decisão prevista no artigo 701⁹, que se refere ao mandado monitório. A ação monitória é dotada de uma estrutura procedimental diferenciada, na qual conjuga técnicas relacionadas ao processo de conhecimento e de execução, somadas à inversão do contraditório e aglutinando as atividades cognitivas e de execução em uma só base processual (MARCATO, 2010, p. 274).

No processo monitório, a cognição é fundada exclusivamente na prova documental unilateralmente apresentada pelo autor, o que permite desde logo a emissão do mandado monitório, o qual contém comando, dirigido ao réu, para pagar uma soma em dinheiro ou entregar um bem fungível ou determinada coisa (MARCATO, 2010, p. 274).

Acerca dos mencionados incisos, cabe mencionar que o contraditório será postergado no casos das tutelas provisórias de urgência em razão de haver risco porque a ciência do réu pode desencadear a realização de atos materiais que impeçam a eficácia da tutela pretendida ou porque o lapso temporal necessário para se efetivar o contraditório tradicional possa causar a ineficácia da tutela. Com relação as tutelas de evidência elencadas e ao mandado monitório, o contraditório postergado foi uma opção legislativa.

Assim, observa-se que o parágrafo único do artigo 9º do CPC instituiu três hipóteses excepcionais de contraditório diferido ou postergado. No entanto, entende-se que, através de uma leitura sistemática do novo diploma legal, o mencionado dispositivo elenca um rol exemplificativo e não taxativo de exceções.

Por exemplo, o artigo 562 do CPC¹⁰ determina que nas ações possessórias de manutenção e reintegração de posse o juiz poderá deferir a expedição do mandado de manutenção ou reintegração de posse, sem a oitiva do réu se a petição inicial estiver devidamente instruída. Trata-se de hipótese de concessão de tutela evidência através do

⁹ Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

¹⁰ Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada

contraditório postergado, que não consta, no entanto, no rol dos incisos do parágrafo único do artigo 9º do CPC.

Cabe mencionar que o CPC/73, apesar de não determinar expressamente a possibilidade de se aplicar o contraditório postergado ou diferido, previa espaçadamente em seu texto legal algumas hipóteses em que seria possível a concessão de medida liminar antes da oitiva da parte contrária¹¹, cuja informação e possibilidade de reação somente eram permitidas após a decisão, permitindo, assim, o contraditório diferido ou postergado nas determinadas situações elencadas.

3. O CONTRADITÓRIO COMO VEDAÇÃO ÀS DECISÕES SURPRESAS

Dessa nova roupagem do princípio do contraditório surgem desdobramentos importantes, que também foram acolhidos pelo texto do novo diploma legal. Neste contexto, impõe-se a proibição do proferimento de “*decisões surpresas*” ou “*de terceira via*” (CAMARA, 2014, p. 60), contida no artigo 10 do mencionado diploma legal, nos seguintes termos: *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.*

As decisões surpresas ou de terceira via possuem contraste evidente com relação a exigência do contraditório efetivo, na medida em que são proferidas pelo magistrado sem que tenha sido oportunizada a prévia manifestação das partes sobre a matéria fática ou jurídica analisada. Em um modelo de processo cooperativo e participativo¹², qualquer decisão somente pode ser proferida após um intenso diálogo com as partes, devendo ser fruto da plena participação dos sujeitos processuais.

O artigo 10 do CPC possui o escopo de proibir que o magistrado profira qualquer decisão – não apenas a sentença ou o acórdão, mas qualquer decisão que seja por ele proferida no decorrer do processo – que não seja fruto de um posicionamento dialético, com plena possibilidade de participação e de atuação das partes.

Quando uma decisão de terceira via é proferida, as partes são surpreendidas. E são surpreendidas porque se deparam com uma decisão sob a qual não tiveram a oportunidade de se manifestar, se deparam com uma questão que não foi discutida no processo.

¹¹ Remete o leitor aos artigos 273, 544, §4º, II, c, 902, 928, 1.102-b, ambos do CPC/73, nos quais elencam hipóteses de contraditório postergado ou diferido.

¹² O artigo 6º do CPC institui o princípio da cooperação, positivando um modelo cooperativo de processo no ordenamento jurídico brasileiro.

As partes são surpreendidas porque no desenrolar do processo os fundamentos da decisão judicial não levantados durante o processo e não houve a possibilidade desses fundamentos serem dialeticamente enfrentados pelas partes. Provavelmente, estas decisões vão surpreender positivamente uma parte e negativamente outra. Mas de qualquer forma as partes serão surpreendidas.

Neste contexto, assumem especial relevância as matérias conhecíveis de ofício, porque algumas vezes se confundia na prática a diferença decidir ofício e decidir sem a oitiva das partes (DIDIER, 2009, p. 58-60). Antes de adentrarmos neste ponto, faz-se necessário entendermos quais são as matérias que podem ser conhecíveis de ofício.

Há determinadas matérias que o magistrado somente pode conhecer se forem levadas ao processo pelas partes e há determinadas matérias que o magistrado pode conhecer de ofício, independente das partes terem levantado estas matérias nos autos.

No primeiro caso, não há risco de que a decisão proferida gere surpresa as partes, na medida em que o magistrado deve se restringir a elas em sua fundamentação. No segundo caso, quando o magistrado puder conhecer de ofício as matérias, poderia se pensar em risco de se gerar decisões surpresas, pois estas questões poderiam ser conhecidas pelo magistrado sem as partes terem tido a iniciativa de levá-las aos autos.

Nos pronunciamentos jurisdicionais, os magistrados precisam examinar as questões de fato e as questões de direito, nesta ordem respectivamente. O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), que conferia muitos poderes aos magistrados, previa a possibilidade do juiz poder se basear em fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes¹³, bem como poderia levar em consideração qualquer fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, de ofício ou a requerimento das partes, no momento de proferir a sentença¹⁴.

Com fulcro nestes dispositivos, constata-se que o magistrado poderá conhecer de ofício questões fáticas, que não tenham sido alegadas, mas que constem nos autos.

Além disto, o magistrado pode conhecer de ofício determinadas matérias de direito. Por exemplo, o CPC/73 determina que o magistrado poderá conhecer de ofício determinadas questões jurídicas, tais como a incompetência absoluta¹⁵, o conflito de competência¹⁶, a

¹³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973](#))

¹⁴ Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. ([Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973](#))

¹⁵ Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

¹⁶ Art. 118. O conflito será suscitado ao presidente do tribunal:

prescrição¹⁷, a ausência de pressupostos processuais, a existência de preempção, litispendência ou coisa julgada, a ausência das condições da ação¹⁸.

Tendo em vista as distinções realizadas, faz-se mister afirmar que decidir de ofício não significa decidir sem a oitiva das partes. Decidir de ofício significa que determinadas matérias – fáticas ou jurídicas – podem ser levadas pelo magistrado ao processo, devendo ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. As matérias conhecíveis de ofício consistem nos fatos ou nos fundamentos jurídicos que podem ser levados ao processo pelo magistrado. Ao serem levadas por ele ao processo, o magistrado deve possibilitar a manifestação das partes sobre estas questões.

Desta forma, decidir de ofício significa, à grosso modo, decidir uma matéria que foi levada ao processo pelo magistrado, após ser aberta a possibilidade de manifestação das partes sobre esta matéria. Em um processo coparticipativo, as decisões devem ser fruto de diálogo, de cooperação das partes. As decisões devem ser proferidas após ter se oportunizado a reação das partes, independentemente de serem conhecíveis de ofício ou não.

Assim, por exemplo, em um processo em que o magistrado observa haver a inconstitucionalidade da lei na qual as partes fundamentam as suas pretensões, não poderá o magistrado decidir com base na inconstitucionalidade sem que tenha dado a oportunidade das partes se manifestarem sobre o tema. A oitiva das partes sobre a questão constitucional deve ser possibilitada, para que se observe um contraditório substancial, onde as partes efetivamente possam contribuir na formação da decisão jurisdicional.

Ainda com viés exemplificativo, em um processo em que o autor sustente sua pretensão com base em determinada lei e réu somente se manifeste sobre questões de mérito, não poderá o magistrado julgar extinto o processo em razão da ilegitimidade da parte autora. Neste caso, o magistrado deverá possibilitar que as partes se manifestem sobre a legitimidade da parte autora, de modo a contribuírem efetivamente para a decisão judicial.

I - pelo juiz, por ofício;

¹⁷ Art. 219 (...) § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. [\(Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006\)](#)

¹⁸ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [\(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#): (...)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

(...)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

De forma a corroborar este entendimento, o artigo 10 do Código de Processo Civil determinou que os magistrados não poderão decidir, em nenhum grau de jurisdição, com base em fundamento sob o qual não tenha sido oportunizada a manifestação das partes, mesmo nos casos de matérias conhecíveis de ofício.

Sobre o texto legal, algumas questões são dignas de nota. Em primeiro lugar, o texto legal impõe a obrigação de observância do efetivo contraditório em todos os graus de jurisdição, sendo aplicável, portanto, todos os magistrados – juízes, desembargadores, ministros, etc.

Em segundo lugar, deve ser dado às partes oportunidade de se manifestar tanto sobre os fundamentos de fato quanto os fundamentos jurídicos que serão utilizados para a construção da decisão judicial.

Em terceiro lugar, as partes devem ter a possibilidade de se manifestar inclusive sobre fundamentos de fato e de direito conhecíveis de ofício. O texto legal corrobora a tese de que decidir de ofício significa decidir matéria levada aos autos pelo magistrado e não decidir sem que tenha sido oportunizada a oitiva das partes.

O artigo 10 do CPC, além de ser um desdobramento do princípio do contraditório, também deriva do princípio da cooperação¹⁹. Cabe mencionar que o princípio de cooperação consiste em um redimensionamento do princípio do contraditório, sob o qual determina que os sujeitos processuais devem estabelecer um diálogo mais efetivo entre si (DIDIER, 2009, p. 211).

De acordo com DINAMARCO, 1996, p. 285:

O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo como o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e **evitando surpresas com decisões de-ofício inesperadas** (grifo nosso).

O princípio da cooperação, contido no artigo 6º do CPC, positiva um modelo cooperativo de processo em nosso ordenamento jurídico, no qual institui “comunidade de trabalho” (SOUSA, 1997, p. 62) entre os sujeitos processuais, no sentido de fazer com que tanto os magistrados quanto as partes participem mais ativamente da condução do processo e tenham responsabilidade compartilhadas, com foco no diálogo, de forma que todas as partes atuem de forma a cooperar com a qualidade final da prestação jurisdicional.

Em um modelo cooperativo de processo os sujeitos processuais passam a ter deveres de cooperação compartilhados. Dentre os encargos dos magistrados, impõe-se o dever de

¹⁹ O artigo 6º do CPC expressamente consagra o princípio da cooperação, inaugurando um modelo cooperativo de processo em nosso ordenamento jurídico.

consulta, que consiste na obrigação do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, de forma a possibilitar que as partes possam efetivamente influenciar na solução da controvérsia. No contexto do dever de consulta, o magistrado não pode decidir com base em matéria de fato ou de direito, inclusive sobre matérias de ofício, que não tenham sido objeto de manifestação prévia das partes.

Assim, ainda que não existisse o artigo 10 do CPC, a proibição de proferir decisões supresas ou de terceira via, sem a oportunização da oitiva das partes sobre as matérias analisadas na decisão, poderia ser extraída da nova ótica do princípio do contraditório bem como do modelo cooperativo de processo inaugurado.

No entanto, acredita-se que a previsão contida no artigo 10 do CPC é extremamente positiva, na medida em que expressamente rechaça expressamente as decisões supresas ou de terceira via, corroborando com o entendimento de que decidir de ofício não significa decidir sem a oitiva das partes, mas sim decidir uma questão levada pelo magistrado ao processo, que deve ser neste discutida, analisada e resolvida, com a possibilidade de ampla manifestação de todos os sujeitos processuais.

Com a previsão do artigo 10 do CPC, fica expressamente proibido o proferimento de decisões supresas. Assim, não resta dúvida: todos os magistrados deverão oportunizar a manifestação as partes em todas as matérias que possam levadas em consideração para a formação do seu livre convencimento, inclusive nas matérias que possam ser decididas de ofício.

Nesse sentido, é conveniente demonstrar, através de alguns posicionamentos jurisprudenciais, de que forma o Poder Judiciário realiza a aplicação em concreto do que o legislador previu, em abstrato, já que a própria norma contida no Artigo 10 parece pecar ao não estabelecer uma sanção, em caso de seu descumprimento.

O primeiro julgado a ser colacionado logo abaixo fora extraído do sítio do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Buzzi (relator de grande parte dos julgados localizados em pesquisa realizada em março de 2020).

Para efeitos didáticos (e esclarecedores) a que se propõe o presente trabalho, fora selecionado apenas parte do julgado, conforme transcrito abaixo:

O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. [...] (REsp 1604412/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018).

No caso em exame, verifica-se que as instâncias ordinárias descuraram de premissa adotada no julgamento proferido no IAC, vale dizer, o termo inicial da contagem do prazo prescricional na hipótese de não ter sido fixado o prazo específico. **Nesse passo, dada a natureza vinculante da qual está revestido o precedente submetido ao IAC (art. 947, §3º, do NCPC), e em homenagem aos postulados do contraditório e da vedação da prolação de decisão surpresa, é medida que se impõe o retorno dos autos à origem para a adoção das medidas pertinentes.** ²⁰
(grifo nosso)

Conforme comprova o excerto acima, por ocasião do julgamento em tela, diligenciou o STJ no sentido de encaminhar os autos ao Estado de origem, para “adoção das medidas pertinentes”.

Muito embora o conceito jurídico seja indeterminado, após a realização de pesquisas verificou-se que grande parte dos julgados relatados pelo Ministro Marco Buzzi fazem menção ao REsp 1604412/SC, que por sua vez, determina em certa medida a intimação de uma das partes que figuravam no processo em questão, para que se manifestasse a respeito da eventual ocorrência de prescrição intercorrente, declarada de ofício.

Assim, pode-se concluir que neste julgado, entendeu o STJ que deve ser intimada a parte para se manifestar sobre determinado fato, de forma a garantir o respeito ao contraditório efetivo, característica essa que fora observada e replicada em outros julgados posteriores, determinando o retorno dos autos à origem para adoção das medidas pertinentes que, por ora, podem ser entendidas, salvo melhor juízo, como a intimação da parte para se manifestar sobre determinado “fato novo”, não enfrentado em momento anterior.

Tal conduta parece se coadunar com o preceito basilar do contraditório. Oportunizar à parte que se manifeste acerca de algo que fora levado ao conhecimento de determinado julgador, sem a efetiva manifestação do outro sujeito processual.

Mas tal posicionamento encontra variantes em instância inferior. Senão vejamos um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

(...) Tese da Ré de que as cobranças impugnadas se referem à recuperação do consumo do mês de março de 2016. Inovação recursal. Inovação que não se admite em Direito. **Teses não debatidas durante a instrução processual. Princípio do contraditório e da não surpresa que devem ser firmemente observados, sob pena de subversão do ordenamento jurídico em suas normas basilares.** Em que pese ser possível a recuperação de consumo mesmo em hipóteses de subregistro do efetivo consumo da unidade, o valor cobrado pela Ré discrepa em absoluto do que se teria por razoável diante do consumo imputado de 444 kWh. Valor de R\$ 969,22 que equivale a mais do que o dobro da quantia cobrada em fatura em que o consumo apontado fora de 499 kWh. **Veja-se que, a despeito de não coadunarmos com a possibilidade de a Autora ter usufruído do serviço da Ré no mês de março de 2016 sem o devido pagamento do que fora efetivamente consumido, as regras processuais vigentes, bem como o princípio do contraditório e da não surpresa obstam solução diversa**

²⁰ BRASIL. Superior tribunal de justiça. AREsp 1189950. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14 mar. 2020.

**da que contida na sentença. Deve a Ré arcar com os ônus de sua conduta processual incompleta e deficiente quanto à matéria de defesa contida em sua peça de bloqueio. Nem mesmo se avista aqui a possibilidade de solução por equidade, uma vez que, não tendo havido o devido contraditório da matéria aventada pela Ré em seu apelo, nada podemos decidir neste respeitante. De toda sorte, não há que se reabrir a instrução processual. Resta de todo preclusa. Devolução em dobro. Matéria não devolvida em sede de apelo. Sucumbência recíproca. Vedação legal à compensação dos honorários advocatícios de sucumbência. §14 do art. 85 do CPC. Proveito econômico irrisório, a autorizar a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência sobre o valor atualizado da causa, na forma do §8º do mesmo artigo 85 do CPC. RECURSO AUTOREAL PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DA RÉ.
(grifo nosso)**

O primeiro julgado indica o posicionamento adotado pelo Excelentíssimo Desembargador Murilo André Kieling, por ocasião do julgamento da apelação nos autos do processo nº 0020469-73.2016.8.19.0011²¹, ocorrido em 04 de março do presente ano.

Conforme se denota, o posicionamento adotado indica pela desnecessidade de reabrir a instrução processual, isto é, o posicionamento se deu no sentido de manter o processo no estado em que se encontrava, manifestando-se objetivamente sobre o ponto aventado (contraditório e não surpresa).

Foi reconhecida a ocorrência de “supressão” ao contraditório, mas tal fato, no entendimento do julgador, não seria o suficiente para determinar a realização de um novo julgamento em primeira instância. Passa-se ao segundo caso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. RECEBIMENTO DE ADICIONAL NOTURNO. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA, EX OFFICIO, EM FAVOR DE UM DOS JUZADOS FAZENDÁRIOS DA COMARCA DA CAPITAL. AUSENTE PRÉVIA OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE SOBRE A MATÉRIA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA. CONTRADITÓRIO EFETIVO E COOPERAÇÃO PROCESSUAL. NULIDADE DA DECISÃO. Prescreve o art. 10, do NCPC: "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." Trata-se da positivação do princípio da vedação à surpresa, corolário dos princípios do contraditório real ou efetivo, e da cooperação processual. **Sendo assim, a proibição de decisão surpresa assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões a serem consideradas no julgamento. O NCPC, contudo, não prevê a consequência para esse vício processual. Entretanto, em recente precedente, o STJ entendeu pela nulidade da decisão judicial, sob pena de supressão de instância e como meio pedagógico ao juiz que violou a regra. Portanto, a consequência da violação ao art. 10 do NCPC, é a nulidade da decisão judicial, matéria de ordem pública a ser reconhecida de ofício, para que outra seja proferida após a manifestação das partes sobre a matéria. No caso dos autos, a decisão de declínio ocorreu sem qualquer manifestação da parte autora, e, portanto, deve ser anulada. Anulação ex officio da decisão.** Prejudicado o recurso.

²¹ Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 16 mar. 2020.

O segundo julgado indica o posicionamento adotado pela Excelentíssima Desembargadora Renata Machado Cotta, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nos autos do processo nº 0067258-61.2019.8.19.0000²², ocorrido em 17 de fevereiro de 2020.

De forma clara, o posicionamento adotado diverge daquele exposto acima, ou seja, enquanto lá foi dado prosseguimento ao processo, com o julgamento da apelação tendo por base os elementos até então trazidos aos autos, aqui o entendimento adotado pugna pela determinação da anulação de decisão que declinou a competência para julgamento do feito pelo juizado especial de fazenda pública da capital.

Cabe ressaltar que, conforme mencionado alhures, não se tem o condão, no atual momento, de realizar extensa digressão sobre posicionamentos judiciais acerca do tema, limitando o objeto de pesquisa ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de onde foram retirados os julgados supramencionados.

Conforme visto, a ausência de uma providência legal, expressamente prevista no Código de Processo Civil parece facultar ao julgador a decisão a ser tomada caso se veja diante de situações de violação ao contraditório e o proferimento de “decisões surpresa”, conforme demonstrado acima.

Decerto que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (e que já encontra replicação no Tribunal do Rio de Janeiro) parece ser “o caminho a ser seguido”, garantindo as partes, desde que demonstrem ter sido mitigado o seu direito ao contraditório, a possibilidade de efetivamente contribuir com a convicção do magistrado, devendo, todavia, tal caminho ser pavimentado de forma uniforme, daqui por diante.

CONCLUSÃO

O contraditório é um princípio processual contido no texto constitucional, elencado como cláusula pétrea, sendo sua observância obrigatória no âmbito processual – seja civil, penal, trabalhista, etc. A sua roupagem é desenvolvida pela doutrina constitucionalista e foi bem regulamentada pelo Código de Processo Civil.

O princípio do contraditório é um dos mais importantes corolários do devido processo legal, sendo considerado pela doutrina moderna elemento estruturante do processo, de forma que não se pode falar em existência de um processo justo que não se desenvolva em contraditório.

²² Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 16 mar. 2020.

A legislação processual civil atual veio consagrar o chamado contraditório real ou efetivo, que possui três elementos basilares: (i) informação das partes sobre os atos processuais; (ii) possibilidade de reação das partes e (iii) o poder de influência.

Os artigos 7º, 9º e 10 do CPC trazem desdobramentos importantes sobre a nova roupagem do princípio do contraditório. Da sua leitura do artigo 9º, pode-se extrair a regra geral de um contraditório efetivo, a possibilidade da ausência da garantia do contraditório quando esta restar infrutífera ou inútil no caso concreto e algumas das hipóteses excepcionais do contraditório diferido e postergado. No que se refere ao artigo 10, a legislação processual impõe a vedação às chamadas decisões surpresas.

A legislação, que está há pouco tempo em vigor, foi editada com o objetivo de modificar uma prática jurídica negativa existente em muitos tribunais, onde juízes apenas fingiam que ouviam e decidiam com base em fundamentos que não foram levantados pelas partes, especialmente quando se tratavam de razões de ordem pública.

Conforme visto, inobstante a previsão legal no que se refere ao contraditório e a vedações as decisões surpresa, não há no mesmo Código a imposição de sanção para quando verificados casos em que seja desrespeitada a norma contida no artigo 10, o que pode gerar insegurança jurídica, principalmente no aplicador da lei, que se verá diante de uma situação que demanda uma resposta efetiva, sem que haja o caminho para o levar até ela.

O posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que de forma “avulsa” pode ser o farol responsável por guiar a atuação jurisdicional dentro do obscuro cenário da lacuna legal, permitindo aos juízes de instancias inferiores a utilização de tal decisão como parâmetro para as suas.

Por óbvio que o tema ainda demanda maiores aprofundamentos e até mesmo uma maturação ideológica antes que seja possível afirmar que o caminho a ser seguido será o caminho “A” ou o caminho “B”. Neste momento, e diante de todas essas características, o Tribunal do Rio de Janeiro possui decisões diversas sobre o tema: determinado julgador entende pela manutenção da decisão proferida em instancia inferior; outro entende que se faz necessária a anulação de ofício da sentença, para que seja proferida nova sentença, garantindo a observância do contraditório.

Como dito, o caminho é incerto. Decisões provenientes de Cortes superiores podem demonstrar uma direção, mas a segurança jurídica esperada só se concretizará com a maturação dos institutos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 04 mar. 2020

_____. Código de Processo Civil, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm Acesso em 04 mar. 2020

_____. Código de Processo Civil, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 04 mar. 2020

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, volume 01**. 25ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, volume 01, 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

_____. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In Ativismo Judicial e Garantismo Processual. DIDIER Jr, Fredie et al (Org). Editora Jus Podium, 2013, pp. 207-217.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª edição. São paulo: malheiros, 1996, n 36.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. Desafios e Perspectivas do Direito Constitucional do século XXI. P. 31-42. In: RIBEIRO, Raisia; COSTA, Rodrigo; VIDAL, Adriana (Org). **Temas contemporâneos de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora LiberArs, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil, volume único**. 7ª edição. São Paulo: Método, 2015

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. Editora Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2ª edição. Lisboa: Lex, 1997.