Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

MITIGAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA DECISÃO SURPRESA: DECISÕES INAUDITA ALTERA PARTE NO CONTEXTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015[1]

MITIGATION OF THE PROHIBITION OF THE SURPRISE DECISION: INAUDITA ALTERA PARTE DECISIONS IN THE CONTEXT OF THE BRAZILIAN CIVIL PROCESS CODE OF 2015

Pedro Henrique Baiotto Noronha[2], Tiago Anderson Brutti[3], Giuliano De Lima Gotardo[4]

[1] Pesquisa desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social da Universidade de Cruz Alta – Unicruz e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí.
[2] Mestrando em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social pela Unicruz, bolsista CAPES ? PROSUC, bacharel em Direito pela Unicruz, especialista em D. Processual Civil com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; penriquers@hotmail.com
[3] Doutor em Educação nas Ciências/Filosofia pela Unijuí, pós-doutor em Filosofia pela Unioeste, mestre em Educação nas Ciências/Direito pela Unijuí. Professor no PPG em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social e no curso de Direito da Unicruz; tbrutti@unicruz.edu.br
[4] Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), bacharel em Direito pela Unicruz. É Oficial-Escrevente junto ao Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul; giulianolg@tj.rs.gov.br

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar hipóteses, previstas ou não na lei – se existentes – em que há a mitigação do princípio da vedação da decisão surpresa. Este princípio, conforme entendimento doutrinário, já era vigente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como fundamento principal o devido processo. No entanto, como o Código de Processo Civil de 2015 foi explícito ao prever ferramentas para evitar a chamada decisão surpresa, veio à tona o debate sobre a concretização deste direito dos litigantes. Partindo destas premissas, analisar-se-ão os casos em que se pode afastar a incidência deste princípio, se existentes, e qual a justificativa para tanto. Adota-se na pesquisa a técnica da revisão bibliográfica, abrangendo a doutrina de autores da área e a leitura sistemática do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei nº 13105 de 2015.

Palavras-Chave: Contraditório; Ampla Defesa; Devido Processo.

Abstract

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

This paper aims to analyze hypotheses, both foreseen and not foreseen in the law - if any - in which there is mitigation of the principle of the fence of the surprise decision. This principle, according to doctrinal understanding, was already in force in the Brazilian legal system, having as its main basis due process. However, as the brazilian Civil Procedure Code of 2015 was explicit in providing tools to avoid the so-called surprise decision, the debate about the realization of this right of the litigants came to light. Based on these premises, we will analyze the cases in which the incidence of this principle can be excluded, if any, and what is the justification for it. The technique of bibliographic review is adopted, with a systematic reading of the Code of Civil Procedure of 2015, Law 13105 of 2015, and the use of bibliographies related to Civil Procedural Law.

Keywords: Contradictory; Broad Defense; Due Process.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe à discussão, no âmbito jurídico, o princípio da vedação da decisão surpresa, tendo em vista que não obstante se reconheça sua validade antes do advento da nova legislação – em decorrência do princípio do devido processo, bem como do respeito ao contraditório e à ampla defesa – muitas vezes esse princípio era esquecido em processos judiciais, sendo que o CPC/2015 trouxe esta determinação de forma explícita, em especial nos seus artigos 9 e 10, o que não se observava no Código anterior.

Garantiu-se, pois, não só a bilateralidade dos atos procedimentais, mas a multilateralidade na construção do processo e da decisão, esta como expressão ínsita daquilo que foi discutido, debatido e provado nos autos do processo.

O nome utilizado pela doutrina e jurisprudência, decisão surpresa, não poderia ser mais autoexplicativo. Trata-se de decisão que toma as partes, ou alguma delas, de surpresa, ao utilizar como fundamento argumentos que até então não haviam sido debatidos no processo, ou, mais grave: que foram alegados no processo mas que não chegaram ao seu conhecimento.

No entanto, na prática forense, observam-se situações nas quais é necessária uma mitigação deste princípio em determinados atos do processo, sob pena de ofensa a outros direitos, inclusive fundamentais.

Desse modo, este trabalho tem como objetivo analisar hipóteses, tanto previstas quanto não previstas na lei – se existentes – em que há a mitigação do princípio da vedação da decisão surpresa, adotando-se, para tal finalidade, a técnica da revisão bibliográfica, abrangendo a doutrina de autores da área e a leitura sistemática do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei nº 13105 de 2015 .

2 MITIGAÇÃO DA PROIBIÇÃO DA DECISÃO SURPRESA

A vida em sociedade deve garantir aos cidadãos, dentro do possível, a segurança, a não-surpresa e a estabilidade. A atuação do Poder Judiciário deve seguir este mote, e para tanto se estabelecem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais abrangem a vedação da decisão surpresa.

Não obstante, verifica-se que a interpretação concedida pelos profissionais do Direito no Brasil muitas vezes era contrária a isso, pois culturalmente se criou a ideia de que a sentença é formulada pelo juízo, cabendo aos litigantes somente apresentar a situação fática.

Em decorrência disso, o CPC/2015 trouxe regra expressamente vedando a prática de decisões fundadas em argumento desconhecido pela parte, garantindo, portanto, não só a bilateralidade dos atos procedimentais, mas a multilateralidade na construção do processo e da decisão, esta como expressão ínsita daquilo que foi discutido, debatido e provado nos autos.

Neste sentido, assim dispõem os artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015):

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

A importância destas disposições no Código de Processo Civil é notável. Conforme assegura Alexandre Freitas Câmara (2016), no processo civil brasileiro sempre existiu culturalmente a admissão da prolatação de decisões fundamentadas em argumentos de direito não submetidos ao debate prévio, com base no brocardo *mihi factum, dabo tibi ius*, ou seja, dá-me os fatos que te darei o direito. Acreditava-se, afirma o doutrinador, que a incumbência das partes era apresentar os fatos ao juízo, que estabeleceria o direito aplicável.

Dada a previsão existente no ordenamento jurídico brasileiro, o não atendimento à ordem de proibição à decisão surpresa caracteriza, em regra, violação à lei e aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, há casos em que a norma deve ser mitigada com o objetivo de atender a outros direitos e princípios no processo, tendo como base, principalmente, a instrumentalidade processual e a efetividade.

Neste sentido, Gilmar Mendes (2012) refere que a própria amplitude do princípio da ampla defesa possibilita a mitigação, argumentando que esse direito se submete a restrições quando há outros direitos fundamentais operando em sentidos diversos. Em suas palavras: "Entretanto, é imperativo perceber que a amplitude do princípio da ampla defesa comporta mitigações, uma vez que o próprio direito se submete a restrições determinadas por outros direitos ou deveres fundamentais que operam, nos casos concretos, em sentidos opostos" (2012, p. 637).

Com base neste raciocínio, se é possível a mitigação de direitos - bem como da própria amplitude do princípio da ampla defesa - quando necessário para a consecução de outros direitos, porque não seria possível que isso ocorresse com a vedação à prolação de decisão surpresa, que é decorrência da própria ampla defesa e do devido processo?

Sem dúvida, há casos em que a vedação da decisão surpresa não pode ser aplicada, pois isso significaria a violação de outros direitos que se sobrepõem a esta. Para tanto, há hipóteses para as quais o legislador redigiu dispositivos no próprio Código de Processo Civil, e outras em que se cogita a sua não incidência.

Dentre as inaplicabilidades legalmente previstas, observa-se que o parágrafo único do artigo 9º do Código de Processo Civil de 2015 apresenta como hipóteses de não aplicação do conteúdo do *caput* (vedação à decisão contra uma das partes sem oitiva prévia desta) os casos de tutela provisória de urgência; os casos de tutela de evidência dos incisos II e III do artigo 311, que são caracterizadas quando "II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante" e quando "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"; e o caso da decisão prevista no artigo 701, que prevê, em se tratando de direito evidente do autor, 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", na ação monitória.

São, portanto, hipóteses excepcionais, embora não se trate de um rol exaustivo.

No que diz respeito à exceção concernente à tutela provisória de urgência, Alexandre Freitas Câmara (2016) esclarece ser esta legitimada pelo princípio constitucional do acesso à justiça, pois a urgência para obtenção da medida exige sua análise sem a oitiva da parte contrária, inaudita altera parte, pois caso se ouça previamente a parte contrária, a decisão pode perder sua efetividade. Esclarece que esta previsão decorre do princípio da proporcionalidade, sendo a exceção estabelecida para causar o menor prejuízo possível, razão pela qual a decisão é provisória

e pode ser modificada a qualquer tempo. Destarte, há, segundo o autor, uma postecipação do contraditório, e não sua supressão.

É a mesma opinião exposta por Wambier et al, a qual refere que:

> […] o contraditório pode ser postergado, se se tratar da concessão de tutela provisória de urência; de tutela provisória de evidência concedida porque, além da evidência, as alegações de fato feitas pelo autor possam ser demonstradas apenas por documentos e haja tese firmada em julgamento de recursos repetitivos […] ou em súmula vinculante; ou se se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental, adequada ao contrato de depósito, caso em que a lei especifica o conteúdo da liminar: ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa (2015, p. 65).

A respeito destes outros casos, quanto à exceção nos casos de tutela de evidência dos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil, no caso do primeiro, refere-se a demanda repetitiva com tese firmada em precedente vinculante em favor da pretensão deduzida, cujas alegações fáticas são comprováveis pela prova documental acostada, e o segundo refere-se a demanda fundada em contrato de depósito, estando este comprovado documentalmente, possibilitando-se desde logo a determinação de entrega da coisa, sob pena de multa.

Alexandre Freitas Câmara (2016) afirma ser, em relação ao primeiro caso, uma técnica de aceleração do resultado do processo, de acordo com o princípio da duração razoável deste, tendo em vista que o juízo está vinculado à referida decisão. À parte contrária será possibilitado promover o *distinuishing*, possibilidade de mostrar que o caso é diferente daquele que gerou o precedente, ou que é o caso de *overruling*, superação do precedente. Quanto à segunda hipótese, argumenta ser o caso em que o réu é apontado como depositário infiel, cuja devolução da coisa depositada é garantida pela legislação civil, sendo incongruente a legislação processual não prever este mecanismo.

Quanto ao caso de expedição de mandado monitório (artigo 701 do novo Código de Processo Civil), Alexandre Freitas Câmara (2016) esclarece tratar-se de inversão de iniciativa do contraditório, pois este somente ocorrerá plenamente se o demandado oferecer embargos, sem os quais constituir-se-á o título executivo judicial.

Deste modo, estas são as situações em que o novo Código de Processo Civil prevê expressamente a desnecessidade de atendimento à prévia oportunização de manifestação da parte a respeito da decisão contra esta proferida.

Todavia, há outras situações em que se vislumbra a possibilidade de relativização da norma, especialmente em respeito a outros direitos que venham a eventualmente ser violados. A fundamentação de fundo, contudo, acaba por ser a mesma, consistente na opção pelo menor prejuízo quando há o confronto entre direitos, com base na proporcionalidade, em seu sentido

amplo.

Há casos em que ocorrerá o conflito de outros direitos com a garantia da vedação da decisão surpresa, casos em que, afora as previsões legais já citadas, poderá ocorrer sua não incidência. A doutrina não só prevê a possibilidade como apresenta hipóteses de sua ocorrência, assumindo destaque os casos em que a decisão favorece a parte que não se manifestou sobre determinado assunto.

A primeira delas, evidentemente, é no caso de decisão favorável à parte. Há que deixar claro que não se está afirmando a hipótese de decisão que não trouxer prejuízo, pois há o entendimento de que o não atendimento ao devido processo legalmente previsto já é causa de prejuízo, mas, na realidade, de caso em que a parte é, evidentemente, beneficiada, conforme interpretação concedida ao artigo 9º do novo Código, antes mencionada.

De acordo com as ponderações de José Augusto Galdino da Costa (2007), elaboradas quando da vigência do Código de Processo Civil anterior, no caso do juízo, de ofício, extinguir de plano o processo, com ou sem resolução de mérito, a ausência de citação ou o não comparecimento do réu não acarretariam em nulidade, com base na não essencialidade da citação ao processo, da sua indisponibilidade somente quando a decisão causar prejuízo ao réu, e porque a citação pode ser feita em outros momentos do processo. Nestes termos, refere o autor:

A falta da citação do réu, ou o seu não-comparecimento espontâneo não implicarão na violação do princípio da ampla defesa, e, por consequência, em nulidade do processo ou ineficácia da sentença proferida, nas hipóteses em que, ex officio, ao despachar a petição inicial, o juiz puder extinguir de plano o processo, com a resolução ou não do mérito da causa [...]. A nosso ver, podem ser alinhados os seguintes argumentos em favor da tese da não-violação do princípio aludido: Em primeiro lugar, a citação não é mais essencial ao processo. Ela é indispensável, quando a decisão causar prejuízo ao réu. Em segundo lugar, a citação pode ser feita em outros momentos do processo (a chamada citação diferida) ou mesmo substituída pela comunicação do escrivão, conforme o caso [...] (p. 39)

Denota-se, em complementação a este entendimento, que a necessidade de intimação prévia da parte contrária para que se manifeste antes de decisão passível de prolação de ofício caracterizaria maior violação de outros princípios que regem o processo: efetividade, celeridade, eficiência e economia processual.

Ao contrário de garantir o contraditório e a ampla defesa da parte, restaria por caracterizar maior demora em decisão que lhe seria favorável, até porque a ausência de menção a eventuais argumentos (fato que poderia vir em prejuízo da parte favorecida pela decisão) não é óbice para que estes argumentos constem em contra-arrazoado em eventual recurso, devendo assim serem apreciados pelo juízo *ad quem*. Da mesma forma, se houvesse algum prejuízo pela ausência de menção de argumento, tal situação poderia ser devidamente atacada pelos embargos de declaração.

Alexandre Freitas Câmara (2016) refere, além disso, a legitimidade para julgamento de improcedência do pedido de forma liminar, sem prévia citação (artigo 332), pois se decidirá em favor do réu, mas sendo ouvido o autor, pois a decisão será contra este.

Por outro lado, no caso de incompetência, o Código de Processo Civil determina a necessidade de manifestação da parte contrária (artigo 64, § 2º), para posterior apreciação imediata da alegação de incompetência pelo juízo, e, assim como no Código de 1973, com a declaração de incompetência os autos devem ser remetidos ao juiz competente (§ 3º). Quanto a isso, não há discussão.

No entanto, discute-se quanto à aplicação da regra geral do artigo 10 do novo CPC a respeito da manifestação das partes quanto à incompetência, inclusive nos casos de incompetência absoluta, com a possibilidade de declaração de ofício pelo juízo.

O que causa certa apreensão é a tentativa de identificar como se comportará a jurisprudência nos casos em que gritante a incompetência do juízo, mormente no que diz respeito a saber se haverá a necessidade de manifestação das partes a respeito disso antes da decisão do juízo (especialmente imaginando, ainda, um caso de decisão de tutela provisória de urgência ou evidência), dado os riscos que uma intimação da parte contrária quanto ao ajuizamento da ação pode causar, ou, ainda, a demora que pode ocorrer em casos de urgência.

A possível solução para este problema está talvez no princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), também tendo em vista que a parte autora, ao indicar o juízo da petição inicial, em tese já manifestou sua opinião quanto à competência, e porque o réu, numa hipotética situação de análise de tutela de urgência a ser analisada liminarmente, ainda não teria sido citado, não tendo sido formada ainda, portanto, a relação jurídica.

Sobre este tema, o Enunciado nº 4 aprovado por cerca de 500 magistrados no Seminário "O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil", promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (2015), dispôs que "Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015".

A aprovação desse enunciado não caracteriza jurisprudência, mas de certa forma é um forte indicativo da interpretação dada a esta situação, pois, da forma como redigido o artigo 10, sua incidência sobre a declaração de incompetência poderia trazer inúmeros prejuízos às partes, destinatárias do direito, não podendo se olvidar do princípio da instrumentalidade do processo. No entanto, ressalta-se que o comportamento das decisões judiciais a este respeito somente poderá ser analisado no decorrer do tempo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, que traz em seu bojo variadas normas de natureza processual, dentre as quais se destacam os princípios fundamentais do devido

processo legal, decorrendo deste o contraditório e a ampla defesa, que possuem eficácia plena e imediata.

Estes princípios são direitos fundamentais dos litigantes, que somente poderiam ser suprimidos se ocorresse uma ruptura da ordem jurídica.

Conforme o entendimento da doutrina, possuindo ligação com a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa receberam o *status* de direitos fundamentais, não podendo, portanto, ser violados.

Além de tornar expresso na legislação infraconstitucional aquilo que já se entendia como adequado, a previsão legal de vedação à decisão surpresa no Novo Código de Processo Civil significou uma evolução no que diz respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em relação ao Código anterior, pois o CPC/2015 não deixa margem para dúvidas quanto à sua incidência.

Por outro lado, não se vislumbraram prejuízos com a incidência do instituto no direito brasileiro, pois em casos nos quais o direito em exame entrar em conflito com outros de maior relevância, poderá ser relativizado, com base na escolha do menor prejuízo.

Na opinião de Nelson Nery Junior (2013), a vedação da prolação de decisão surpresa não retira do juiz a liberdade de decidir de acordo com o livre convencimento. Acrescenta-se que, pelo contrário: garante somente a existência de um debate prévio quanto ao fundamento das decisões, com participação das partes envolvidas na construção dessas.

É, portanto, em respeito à utilização da adequada técnica processual e, por conseguinte, em obediência aos princípios da boa-fé, instrumentalidade, transparência e efetividade do processo.

Assim como se entende em relação a todos os demais avanços do Código de Processo Civil de 2015 em relação a seu antecessor, no caso da vedação da decisão surpresa não basta a alteração legislativa. A mudança de comportamento dos operadores do direito deve ocorrer no dia-a-dia da prática forense, no meio acadêmico e com a atuação de todos os sujeitos do processo visando sempre a adequada técnica processual, sempre valorizada pelos grandes processualistas civis.

Neste contexto, a aplicação deste princípio deve ser mitigada somente nos casos legalmente previstos, ou quando este entrar em conflito com outros direitos, cabendo, neste caso, a análise do juízo do mal menor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105 de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DA COSTA, José Augusto Galdino. Princípios gerais no Processo Civil. Princípios fundamentais e princípios informativos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ENFAM. Enunciados aprovados no Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf> Acesso em: 05 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal [livro eletrônico]: processo civil, penal e administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.