

NOTAS SOBRE O PROBLEMA DA CHAMADA “DECISÃO-SURPRESA”

COMMENTS ON THE PROBLEMS OF THE COMMONLY CALLED “SURPRISING DECISION”

*Estêvão Mallet**

Resumo:

O texto examina o problema do equilíbrio a ser estabelecido entre a atuação de ofício do juízo e o respeito ao contraditório, de modo a evitar que, surpreendendo as partes ao decidir a controvérsia sob perspectiva não debatida no processo, seja violada a garantia do devido processo legal.

Palavras-chave: Devido processo legal. Contraditório. Decisão-surpresa.

Abstract:

This paper examines the problem of balance to be established between the ex officio judgment and the observance of the adversary system, in order to avoid that the parties to be surprised with a controversial decision not been discussed in the proceeding, what could mean a violation of the due process of law.

Keywords: Due process of law. Adversary system. Surprising decision.

1. Processo e contraditório

Não será preciso digressão muito longa para sublinhar a magnitude do contraditório no processo. Todos sabem que não se concebe a atividade jurisdicional sem o respeito ao direito de ser oportunamente ouvido. Já os romanos expressavam essa ideia com as máximas *audiatur et altera pars* e *nemo inauditus damnari potest*. Nas Ordenações Filipinas, no Livro III, início do Título XX, que trata “Da ordem do Juízo nos feitos cíveis”, fixava-se a bilateralidade do processo, com a seguinte regra, que positivava a definição medieval de processo, celebrizada por Bulgaro (“*iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”):

Trez pessoas são por direito necessárias em qualquer Juízo,
Juiz que julgue, autor que demande, e réo que se defenda.

No mesmo Livro III, agora no Título LXXV, registrava-se a seguinte outra regra, que melhor desenvolve o postulado da bilateralidade do juízo:

A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo
algum passa em cousa julgada, mas em todo o tempo se pode

* Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de São Paulo e advogado.

oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e portanto não he necessário ser della appellado. E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada.

Não falta referência à bilateralidade como “*inseparable en absoluto de la administración de justicia organizada*”, nas palavras de Millar.¹ Quer dizer, o processo não é apenas forma de solução de conflitos. É forma intrínseca e ontologicamente bilateral de solução de conflitos, com garantia de participação das partes na formação do convencimento do julgador.

Daí haver mesmo quem defina o processo a partir do contraditório. É o caso, bem conhecido, de Fazzalari. Existe processo, diz ele, quando – e apenas quando – “*in una o più fasi dell'iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio*”.² A conclusão, em termos peremptórios, vem logo a seguir, *verbis*: “*dov'è assente il contraddittorio – cioè la possibilità, prevista dalla norma, che esso si realizzi – ivi non c'è processo*”.³

E não são poucos os autores que consideram a citação, com a qual se aperfeiçoa a bilateralidade do juízo, o primeiro e mais fundamental requisito para a própria existência de um processo. É o que faz, por exemplo, Liebman, para quem “a falta de citação inicial infringe de tal modo os supremos princípios do processo, ofende tão profundamente o direito reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo, que torna radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida”.⁴ Na jurisprudência nacional, semelhante doutrina encontra eco em julgado com a seguinte ementa:

A citação constitui em pressuposto processual de existência e validade do processo e, sua ausência, somada à circunstância da revelia, acarreta na inexistência da relação jurídica processual, e, conseqüentemente, da r. sentença singular proferida nos autos. (TJPR – 6ª Câm. Cív., AR n. 1569537-PR, Rel. Des. Milani de Moura, julg. em 29.11.2005).⁵

¹ WYNESS MILLAR, Robert. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 47.

² FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1983. p. 62.

³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. cit., p. 63. De igual modo, GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, CEDAM, *Luglio-Agosto* 2010. p. 827; com a afirmação de que “*laddove non vi sia la possibilità del contraddittorio, non può nemmeno propriamente parlarsi di processo*”.

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Nulidade da sentença proferida sem citação do réu*: estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 183.

⁵ DJ de 20.01.2006.

Na verdade, ainda que não se vá tão longe – e há bons argumentos para não ir⁶ –, o respeito à bilateralidade do juízo permanece indissociável do conceito, largamente discutido no direito estrangeiro, de “*procès équitable*”, a partir do previsto, em particular, no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁷ e no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁸ Consoante a ponderação de Lionel Ascensi, “*toutes les fois où il y a violation de la contradiction, il y a violation du procès équitable*”.⁹ Por isso mesmo, a Corte Costituzionale italiana assinalou certa feita, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 173 do antigo *Codice di procedura penale*: “*la notificazione degli atti processuali è uno strumento necessario ed indispensabile per instaurare il contraddittorio e per dar modo all’imputato di provvedere alla sua difesa*”.¹⁰ Na jurisprudência norte-americana, é pacífica a vinculação do contraditório com a garantia do *due process of law*. Hans Smith adverte que “*the due process of law clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments require that a defendant be given adequate notice of the institution of proceedings against him*”.¹¹ Na Corte Suprema dos Estados Unidos colhe-se precedente em que se chega até a afirmar: “*That a man is entitled to some notice before he can be deprived of his liberty or property is an axiom of the law to which no citation of authority would give additional weight*”.¹²

⁶ O tema, que comportaria mais larga digressão, escapa ao objeto de investigação proposto no presente artigo. Basta dizer, de qualquer sorte, que a citação é requisito de validade do processo, não de sua existência. O art. 214 do CPC relaciona a citação com a validade do processo, *verbis*: “Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu”. Na doutrina, Pontes de Miranda adverte que “durante o processo em que faltou citação, ou foi nula, a citação, segundo o Código de Processo Civil, existe relação jurídica processual, sem ângulo...” (Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões, Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 385). Em jurisprudência já se decidiu: “A falta ou nulidade de citação torna imprescritível a faculdade de se desfazer a viciada relação processual. Cuida-se de nulidade *ipso jure*...” (TJSP - 6ª Câmara. Civ. Ap. n. 113.310-1, Rel. Des. Alexandre Loureiro in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 648, p. 71, 1989).

⁷ “*Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle*”.

⁸ “*1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...3. Tout accusé a droit notamment à: a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu’il comprend et d’une manière détaillée, de la nature et de la cause de l’accusation portée contre lui; b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense...*”.

⁹ *Du principe de la contradiction*, Paris, LGDJ, 2006, n. 148, p. 87.

¹⁰ Sentença n. 57, de 22.06.1965.

¹¹ SMITH, Hans. Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (Org.) *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 449.

¹² *Roller v. Holly* (176 U.S. 398).

2. Contraditório e atividade decisória

A importância do contraditório no processo é que explica as regras de contenção da atividade decisória do juízo aos limites do pedido (arts. 2º, 128 e 460, do CPC), com proibição de julgamento não somente fora e além do pedido como – ponto que mais interessa na presente altura – em desacordo com a causa de pedir, consoante os axiomas *ne procedat iudex ex officio*, *nemo iudex sine actore* e *ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*.

De fato, o réu deve e pode manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados pelo Autor (CPC, art. 302, *caput*), diante do pedido deduzido. Já o que o autor não aduz como elemento da causa de pedir ou o que ele não pede – ainda que o pudesse fazê-lo –, não integra o contraditório. Por conseguinte, não tem o réu interesse em discorrer sobre o que não foi suscitado na petição inicial, dada a restrição imposta à cognição do tribunal. Como assentado certa feita pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “só interessa apurar se está ou não provada a causa de pedir que, nos termos dos articulados, se fixou, pois o tribunal apenas pode tomar conhecimento das questões postas pelas partes, e essas mesmo só no âmbito dos factos por elas articulados”.¹³

Via de consequência, aquilo que não integra o processo, por não ter sido pedido ou por não ter integrado a causa de pedir, aquilo sobre o que não se pronunciou o réu, não pode ser invocado ao ensejo do julgamento sem evidente ofensa do direito de defesa e, por conseguinte, violação do devido processo legal. Por isso advertia Chiovenda há mais de um século, muito antes de se consolidar a moderna construção em torno dos princípios fundamentais do processo, que,

finchè una parte non fa valere un fatto che le giova, l'avversario non ha interesse a dedurre la inesistenza di quel fatto o a dedurre altri fatti che ne elidano le conseguenze: quindi il giudice non solo trae partito da un fatto non rischiarato dalla luce del contraddittorio, ma assumendo la veste di difensore d'una parte, offende il principio dell'uguaglianza delle parti, ch'è uno dei principii fondametalte che informano tutto il processo civile.¹⁴

Em termos mais atuais, José Rogério Cruz e Tucci anota que “a exigência de um efetivo contraditório implica que o *thema decidendum* haja sido previamente fixado

¹³ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 23.10.1970 in Boletim do Ministério da Justiça, n. 200º-191.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni. *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, v. 1, 1993. p. 176.

para o que demandado e o Estado, representado pelo agente do Poder Judiciário, tenha pleno conhecimento do objeto do processo”.¹⁵

Entende-se, pois, digam os autores franceses, com toda razão, que “*l’immutabilité du litige est moins une conséquence du principe dispositif qu’une condition de la liberté de la défense*”.¹⁶ A jurisprudência inglesa segue idêntica trilha e pôde acentuar a relação existente entre o contraditório e a limitação do julgamento aos termos da causa de pedir. No exame do caso *Nada Fadil Al-Medenni v. Mars UK Limited*, a Divisão Civil da *Court of Appeal* da Inglaterra, em decisão de 18 de julho de 2005, assinalou:

It is fundamental to our adversarial system of justice that the parties should clearly identify the issues that arise in the litigation, so that each has the opportunity of responding to the points made by the other. The function of the judge is to adjudicate on those issues alone. The parties may have their own reasons for limiting the issues or presenting them in a certain way. The judge can invite, and even encourage, the parties to recast or modify the issues. But if they refuse to do so, the judge must respect that decision. One consequence of this may be that the judge is compelled to reject a claim on the basis on which it is advanced, although he or she is of the opinion that it would have succeeded if it had been advanced on a different basis. Such an outcome may be unattractive, but any other approach leads to uncertainty and potentially real unfairness.¹⁷

É também pelo mesmo motivo, ou seja, pela necessidade de respeito ao contraditório e ao direito de defesa, emergente do devido processo legal, que, já agora no campo processual penal, se repele a persecução fundada em narrativa vaga, imprecisa ou aberta, a qual deixaria espaço para condenação decorrente de alegações sobre as quais não teria podido o réu defender-se adequadamente. Confirma-se o seguinte paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal:

Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexó de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa... A denúncia - enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal - constitui peça processual de indiscutível relevo

¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 192. Na mesma linha, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 308.

¹⁶ VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. Paris: Dalloz, 1999. n. 626, p. 527/528.

¹⁷ [2005] EWCA Civ 1041, n. 21.

jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. (STF – 1ª T., HC n. 70.763/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 28.06.1994).¹⁸

O mesmo raciocínio vale, *mutatis mutandis*, para toda e qualquer ação, o que evidencia o relevo constitucional que adquire a delimitação do contraditório, a partir da causa de pedir oferecida e do debate efetivamente travado no processo.

3. Atividade decisória e atuação de ofício do juízo

Sem embargo do que se disse, é sabido que há certos casos – e não são poucos nem são irrelevantes – em que o juízo pode e deve, mesmo, agir de ofício.

Desde logo, em matéria de aplicação do direito, prevalece a máxima *iura novit curia*. Ainda que as partes tenham situado a controvérsia em torno de determinadas normas jurídicas, não fica o juízo vinculado. Pode aplicar as normas que entender adequadas, ainda que sejam outras, qualificando diferentemente a relação jurídica ou a controvérsia.¹⁹ O axioma romano pertinente é de todos conhecido: *da mihi factum, dabo tibi jus*. No direito brasileiro, a previsão encontra-se positivada no art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais...”.

Assim, desde que não se modifique a causa de pedir nem se altere o pedido, é lícito ao juízo atribuir aos fatos trazidos pelo autor qualificação jurídica diversa. Tenha-se em conta que o art. 282, III, do CPC exige a indicação do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido, ou seja, não se trata de indicação do fundamento legal, exatamente porque cabe ao juízo fazer essa qualificação. Confira-se o seguinte precedente:

Com base nos fatos narrados pela parte na peça preambular, cabe ao magistrado atribuir a qualificação jurídica que tenha correspondência à solução do litígio diante do princípio *iura novit curia*, pelo qual se pressupõe o seu conhecimento do direito, cuja relevância reflete postulado de igual matiz: *da mihi factum dabo tibi jus*. Não há ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC se a qualificação jurídica dos fatos difere daquela

¹⁸ DJU de 23.09.1994, p. 25.328.

¹⁹ Para um rápido comentário sobre a questão, CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona: le garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1984. II, p. 97-98.

apontada pelos autores recorrentes. (STJ – 4ª T., REsp n. 1.046.497/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 24.08.2010).²⁰

De modo ainda mais expressivo, assentou o Superior Tribunal de Justiça em outra ocasião, ao excluir a existência de julgamento *extra petita* e de ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, exatamente pela incidência da máxima *iura novit curia*:

Processo civil. Adstrição do juiz ao pedido da parte. Julgamento *extra petita* (inocorrência). Não alterada a natureza do pedido imediato (ação condenatória, sentença condenatória), não é *extra petita* o julgamento que se valeu de regra jurídica diversa da invocada, pelo autor, na inicial. Caso em que a aplicação da lei envolveu questão de direito, somente. *Iura novit curia*. Acórdão local que não desatendeu o disposto nos artigos 128 e 460. Recurso especial não conhecido. (STJ – 3ª T., REsp 5239 / SP, Rel. Min. Nilson Naves, julg. em 05.03.1991).²¹

Em outros casos, é a própria lei que atribui ao juízo, de modo claro e induvidoso, o dever de agir de ofício. Hipótese paradigmática, citada como ilustração, é o do art. 219, § 5º, do CPC, ao determinar:

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Mais um caso a mencionar, no plano do direito tipicamente material, é o das nulidades. Na dicção de Pontes de Miranda, “é dado ao juiz – e é do seu dever – decretar a nulidade, *incidenter*”.²² Não importa, pois, tenham as partes suscitado a ocorrência, ou não, da nulidade. Constatando-a, cabe ao juiz pronunciá-la, por se tratar de matéria de ordem pública.²³ A jurisprudência confirma o que vem de ser dito:

CONTRATO DE LOCAÇÃO. ENTE PÚBLICO. APLICAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. NECESSIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO. MANUTENÇÃO DA POSSE. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. FUNDO DE COMÉRCIO. IMPOSSIBILIDADE ADVINDA DA FALTA DE PREVISÃO CONTRATUAL. ATO NULO DEVE SER DECLARADO DE OFÍCIO. A Fundacentro é dotada de capacidade administrativa e está sujeita às normas de

²⁰ DJe de 09.11.2010.

²¹ DJU de 08.04.1991, p. 3.882.

²² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. IV, § 408, n. 2, p. 206.

²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 331.

direito público. - Portanto, a elaboração de um contrato de locação está sujeito ao Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, que impõe a presença de processo licitatório para a firmação do pacto. - Desta forma, tenho por viciado o contrato de locação firmado, já que pactuado sem a observância dos critérios estabelecidos nas normas de direito público retrocitadas, o que conduz a inevitável conclusão de que o contrato de locação, em apreço, é nulo por não revestir a forma prescrita em lei, consoante dispõe o art. 166, do CC. - O contrato de locação que é a base da controvérsia, revelou-se nulo na sua essência e, como tal, pode ser declarado de ofício pelo magistrado, descabendo falar-se em julgamento *extra petita*. (TRF – 4ª Reg., 3ª T., 2005.71.00.022467-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, Ac. n. 22467, julg. em 28.11.2006).

Mera decorrência do disposto no parágrafo único do art. 168 do Código Civil:

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Por fim, se o caso é de inexistência do ato ou do negócio jurídico, é manifesto que a declaração correspondente pode e deve ser feita de ofício.²⁴ Pense-se, como ilustração, no caso de controvérsia em torno de contrato de compra e venda, em que o Autor da ação, sob o fundamento de ter havido lesão (Código Civil, art. 157), pede a condenação do comprador no pagamento de suplemento suficiente. O réu, além de negar a causa de invalidade invocada, suscita transcurso do prazo legal para formulação do pleito. Caso o juízo considere inexistente o negócio, cabe-lhe declarar a circunstância, sem que possa pronunciar-se sobre o caráter lesivo ou-não do preço ou sobre o transcurso do prazo legal para reclamação do suplemento. A inexistência jurídica do negócio prejudica o exame das alegações deduzidas pelas partes.

4. Atuação de ofício do juízo e contraditório

O exposto até aqui deixa bem em evidência a inapagável tensão que existe entre a atuação de ofício do juízo, inclusive com aplicação de matéria de ordem pública,

²⁴ Na jurisprudência portuguesa: “Sendo a inexistência uma invalidade dos actos processuais mais grave que as próprias nulidades principais, dela pode o tribunal conhecer a todo o tempo, pelo menos até ao trânsito em julgado da sentença, e oficiosamente, por aplicação do disposto nos arts. 202, 1. regra, e 204, n. 2, do Código de Processo Civil.” (STJ, Processo n. 98B722, Rel. Sousa Inês, julg. em 01.10.1998).

e o respeito ao contraditório e ao direito de defesa. De um lado, mesmo sem provocação das partes e contra o eventual interesse delas, pode o juízo decidir a norma aplicável, definindo, por exemplo, o correto enquadramento da controvérsia e, ainda, pronunciando a prescrição ou mesmo decretando a nulidade ou até a inexistência de algum ato jurídico, para ficar nos exemplos citados pouco acima. Em matéria de ordem pública, a atuação do juízo não fica na dependência da provocação das partes. De outro lado, porém, é preciso sempre observar a bilateralidade do juízo, inerente, como já exposto, à ideia de processo e à garantia constitucional do contraditório e do direito de defesa.

Ora, a utilização pelo juízo, ao ensejo de decidir o processo ou algum incidente no seu curso, de elementos estranhos ao debate estabelecido pelas partes – mesmo que apenas no tocante à matéria de ordem pública –, compromete a efetividade do contraditório, como facilmente se intui. Afinal, hoje não se entende mais o contraditório como a mera e limitada necessidade de ouvir-se a parte sobre o pedido inicialmente deduzido pelo autor. O contraditório é, no seu verdadeiro e pleno sentido, mais do que isso. É também a prerrogativa de “participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questão de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa”.²⁵ Em resumo, prossegue o mesmo autor, “o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento do processo”.²⁶

É algo que se ajusta perfeitamente à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em caso proposto em face da Bélgica, por haver sido a parte privada da oportunidade de manifestar-se sobre pronunciamento do Procurador Geral junto à Corte de Cassação antes do julgamento, anulou-se a decisão tomada, tendo em conta que “*une procédure contradictoire... implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d’influencer sa décision, et de la*

²⁵ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. n. 3.2.1, p. 96. Ainda na doutrina portuguesa, sempre na mesma linha, cf., Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, t. I, p. 196. De idêntico modo, com referência também ao direito de “*influenza*” no desenvolvimento do processo, (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 371.

²⁶ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – Conceito e princípios gerais* cit., p. 96/97. De idêntico modo, na doutrina nacional, THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, 2009. p. 109.

discuter”.²⁷ Nos termos do que consignou, certa feita, a Corte Constitucional italiana, o contraditório deve ser compreendido como “*diritto di partecipare personalmente o a mezzo di difensore alla formazione del convincimento del giudice*”.²⁸ Na jurisprudência portuguesa, o seguinte acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães enfatiza o papel do contraditório na formação do convencimento do julgador: “O princípio do contraditório sustenta-se num direito à fiscalização recíproca das partes ao longo do processo, como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos que apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”.²⁹

Se as partes não puderem discutir e debater potencial enquadramento jurídico da controvérsia, a ser feito de ofício pelo juízo, ou a aplicação de uma norma, cuja incidência no caso nunca foi aventada no processo, ou, ainda, determinada questão considerada de ordem pública, em termos práticos sofrerão sensível limitação ao contraditório. Ficam privadas, ao fim e ao cabo, da efetiva possibilidade influir no convencimento do juízo, inclusive alterando o encaminhamento que se pretende dar ao processo ou o seu desfecho.

Há, portanto, que conjugar a possibilidade de atuação de ofício do juízo – que não se tem como proscrever, evidentemente – com o respeito, impostergável e inarredável, ao contraditório e ao direito de defesa. É o que se faz com a construção, hoje com largo favor doutrinário e respaldo positivo em certos ordenamentos jurídicos, da figura da proibição de decisão-surpresa (“*Verbot der Überraschungsentscheidungen*”, na terminologia germânica), assunto cujo tratamento reclama tópico próprio, tal a sua importância para exame do problema ventilado no presente artigo.

5. Proibição de decisão-surpresa

A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no processo – pouco importa trate-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja – produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”.³⁰ Tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível.

²⁷ *Vermeulen c. Belgique*, Processo n. 19075/91, decisão de 20.02.1996; a passagem transcrita encontra-se no n. 33.

²⁸ Sentença n. 74, de 1973; decisão de 30.05.1973. Cf. ainda COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970. n. 24, p. 145/146.

²⁹ Processo n. 4211/11.5, Rel. Ana Cristina Duarte, decisão de 10.09.2013.

³⁰ Sobre as decisões-surpresa, no direito francês, ASCENSI, Lionel. *Du principe de la contradiction*. Paris:

De fato, mesmo quando se trata de matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício pelo tribunal, inclusive matéria estritamente de direito, as garantias do contraditório e do devido processo legal, entendidas em seu correto e devido significado, impõem a sua prévia submissão a debate pelas partes, como evidencia a doutrina mais atenta à proteção dos direitos fundamentais dos litigantes. É expressiva a assertiva de Vittorio Denti: “*le questioni pregiudiziali rilevate d’ufficio non possono essere decise, se il giudice non le ha previamente sottoposte al contraddittorio delle parti. La violazione di questo dovere dà luogo a nullità della decisione*”.³¹ Particularmente oportuna a advertência de José Lebre de Freitas: “a proibição da chamada decisão-surpresa tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou processual, de que o tribunal pode conhecer de ofício”.³² O exemplo mencionado envolve “a nulidade negocial”,³³ ou seja, hipótese típica de cabimento de atuação de ofício do juízo. O mesmo se aplica, com muito mais razão, no caso de inexistência jurídica, em que se está diante de um não negócio, ou seja, de um nada, do ponto de vista jurídico. De qualquer sorte, antes de pronunciar a inexistência ou a nulidade, ainda que possa e deva o juízo agir de ofício, é de rigor ouvir as partes, sob pena de ofensa ao contraditório.

Em alguns países, o direito posto é expresso ao proibir a consideração de matéria de direito, sem respeito prévio ao contraditório. No *Code de procédure civile* francês, também conhecido, ainda hoje, como *Nouveau Code de procédure civile*, embora em vigor há mais de três décadas, o art. 16 estatui:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction... Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

E a Corte de Cassação não se cansa de sublinhar o peso da regra, aplicável ainda quando se trata de matéria de puro direito, suscetível de conhecimento de ofício.

LGDJ, 2006. ns. 470 e ss., p. 263 e ss. No direito alemão, consulte-se GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: Droit commun et droit comparé du procès*. Paris: Dalloz, 2003. n. 473, p. 736. Para rápido exame do tema, no direito português, cf. NETO, Abílio. *Código de processo civil anotado*. Lisboa: Ediforum, 1997. p. 54. Na jurisprudência portuguesa, além dos precedentes a serem indicados mais adiante, cf. STJ, 1ª Secção, Proc. 2005/03, Rel. Gabriel Catarino, julg. em 27.09.2011. Vale a pena consultar também, para o direito italiano, o texto de GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”* já citado, p. 826 e ss; e o de COSTANTINO, Roberta. *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*. Disponível em: <<http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio11/Dottrina/Costantino.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014. Outros textos sobre o assunto encontram-se indicados por RICCI, Edoardo. La sentenza “della terza via” e il contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, 2006. p. 750, nota 1.

³¹ DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. Dall’azione al giudicato*. Padova: CEDAM, 1983. p. 62-63.

³² FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil...* cit., p. 102.

³³ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil...* cit., p. 102, nota 23.

Em julgado de 1981, por exemplo, enfatiza que é exigência a ser respeitada “*en toutes circonstances*”. A ementa da decisão registra:

Aux termes de l'article 16 du décret du 9 septembre 1971, dans sa rédaction telle que modifiée par le décret du 20 juillet 1972, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Méconnaît ces dispositions l'arrêt qui relève d'office, sans inviter les parties à présenter leurs observations. (Cour de Cassation, Chambre Mixte, Processo n. 77-10745, decisão de 10.07.1981).³⁴

Em caso de nulidade substancial do ato jurídico, disse a mesma Corte de Cassação, em outro julgamento, que é impossível decretá-la sem que as partes tenham discutido sua ocorrência, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

Viole le principe de la contradiction le juge qui, pour rejeter la demande d'indemnité formée pour résiliation abusive du marché par le constructeur d'une maison individuelle, relève d'office, sans inviter les parties à présenter leurs observations, la nullité de la convention, celle-ci ne comportant pas les garanties de remboursement et de livraison exigées aux articles R. 231-8, R. 231-10 et R. 231-11 du Code de la Construction et de l'Habitation. (Cour de cassation, 3^{ème} Chambre Civile, Processo n. 86-14389, decisão de 04.05.1988).³⁵

Em outro caso, chamou-se a atenção para a necessidade de respeito ao contraditório, inclusive ao decidir-se matéria de Direito Processual, examinável de ofício. O caso envolvia pronúncia de incompetência funcional. Como é sabido, incompetência funcional, por sua natureza absoluta,³⁶ comporta declinação de ofício. Mas a Corte assentou:

...vu l'article 16 du décret du 9 septembre 1971, dans sa rédaction telle que modifiée par le décret du 20 juillet 1972, applicable en la cause; attendu que le juge doit, en toute circonstance, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction; attendu que, pour décider que le tribunal

³⁴ O inteiro teor da decisão pode ser encontrado na página da rede mundial de computadores. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007008993&fastReqId=1754161892&fastPos=10>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

³⁵ O inteiro teor da decisão pode ser encontrado na página da rede mundial de computadores. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007020882&fastReqId=1050617543&fastPos=20>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

³⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, n. 219, p. 419.

de grande instance de La Rochelle etait incompetent pour statuer sur les demandes formées par dame x...l’arret attaque a estime que dame x..., dans ses rapports avec les societes, entrait dans les categories particulieres de travailleurs visées à l’article l. 781-1, 2° du Code du Travail; qu’en statuant par ce seul motif, sans avoir invité les parties a presenter leurs observations sur un moyen qui ne lui avait été proposé par aucune d’elles et qu’elle soulevait ainsi d’office, la cour d’appel a violé le texte susvisé. (Cour de Cassation, Chambre Sociale, Processo n. 78-16574, decisão de 27.10.1981).³⁷

Na jurisdição administrativa o cenário não é diverso. O *Code de justice administrative* contém a seguinte previsão, no art. R. 611-7:

Lorsque la décision lui paraît susceptible d’être fondée sur un moyen relevé d’office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d’Etat, la sous-section chargée de l’instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu’y fasse obstacle la clôture éventuelle de l’instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué.

De igual modo, no Direito português, o vigente Código de Processo Civil, aprovado em 2013, repetindo o que já constava no anterior, estabelece, no art. 3º, n. 3:

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

No Direito alemão, o Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*) contém regra de teor seguinte, no § 139, (2), sob a rubrica de “Direção material do curso do procedimento”:

The court may base its decision on an aspect that a party has recognizably overlooked or has deemed to be insignificant, provided that this does not merely concern an ancillary claim, only if it has given corresponding notice of this fact and has allowed the opportunity to address the matter.

³⁷ O inteiro teor da decisão pode ser encontrado na página da rede mundial de computadores. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007008717&fastReqId=571597386&fastPos=2>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

The same shall apply for any aspect that the court assesses differently than both parties do.³⁸

Também o Direito austríaco, após a reforma de 2002, passou a contar com norma proibitiva de decisão-surpresa, correspondente ao art. 182a. Consoante o comentário de Albert Henke, diante da nova regra legal, “*il giudice deve discutere con le parti le loro allegazioni in fatto e in diritto, evitando di pervenire a decisioni, appunto, ‘a sorpresa’, frutto di propri convincimenti non sottoposti al necessario preventivo vaglio di queste ultime*”.³⁹

No Direito italiano, é o *Codice di Procedura Civile* a determinar, no art. 101, exatamente sob a rubrica de *principio del contraddittorio*:

Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

Comoglio chama atenção para o fato de que, com a proibição de decisão-surpresa, fica o juízo obrigado a “provocar preventivamente il contraddittorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento dela successiva sua pronuncia”.⁴⁰

6. O problema da proibição de decisão-surpresa no direito brasileiro

No Direito Processual brasileiro, o problema da proibição de decisão-surpresa foi antes sentido no campo em que a tensão indicada no item 4 do presente artigo adquire mais força. Em matéria penal adjetiva, em que a atuação de ofício do julgador é ainda mais intensa, pela natureza do próprio processo,⁴¹ fortalecendo-se, outrossim, a necessidade de respeito ao contraditório e ao direito de defesa, por conta dos valores em

³⁸ Texto traduzido para o inglês da ZPO, na página do Ministério da Justiça Alemão. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em 07 abr. 2014.

³⁹ HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale civile austriaco. *Rivista di Diritto Processuale*, 2003. p. 818.

⁴⁰ “Terza via” e processo “giusto”. *Rivista di Diritto Processuale*, 2006. p. 758.

⁴¹ Daí falar-se em oficialidade do processo penal, em contraposição à disponibilidade do processo comum (cf. MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1989. I, Parte General, p. 501/502).

discussão,⁴² o legislador teve em conta, desde cedo, o risco de possível enquadramento jurídico diverso dos fatos invocados na denúncia. A despeito da já citada máxima *da mihi factum, dabo tibi jus*, expressamente consagrada no art. 383 do Código de Processo Penal,⁴³ teve o cuidado de assegurar, no artigo seguinte, o respeito ao direito de defesa, ao estabelecer:

Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Interessante mencionar voto do Min. Orosimbo Nonato em *habeas corpus*, em que, ao discutir a aplicação do dispositivo transcrito, situa-se o problema todo no plano do direito do réu de não ser surpreendido pelo teor do julgamento. O voto sublinha, na parte que interessa: “toda alteração, que importe surpresa para o réu, quer se trate de pena maior ou menor, envolve a necessidade de restaurar a possibilidade de prova...”⁴⁴ Mais recentemente, Gustavo Badaró menciona, ao examinar o art. 383, que “toda vez que o juiz for tomar alguma decisão que possa surpreender as partes, por envolver questão fática ou jurídica não debatida no processo, em respeito ao princípio do contraditório, deverá instar as partes a se manifestarem sobre tal questão”. E arremata com a afirmação: “O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito”.⁴⁵

Em matéria processual civil, o Projeto de Código de Processo Civil incorpora, de maneira expressa, a proibição de decisão-surpresa. No texto aprovado no Senado, consoante o Projeto n. 166, de 2010, figura disposição de teor seguinte:

⁴² Lembre-se de que, na Constituição anterior, o princípio do contraditório, ainda que indubitavelmente aplicável também ao processo civil e trabalhista, estava expressamente previsto apenas para o processo penal, nos termos do art. 153, § 16: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

⁴³ “Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

⁴⁴ *Apud* ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 4, n. 754, p. 87.

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. 11.2.2, p. 379-380. Na jurisprudência da Corte de Cassação francesa encontra-se julgado com o seguinte teor: “*S’il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c’est à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée.*” (*Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, Processo n. 00-85066, decisão de 16.05.2001. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007069955&fastReqId=1112921844&fastPos=1>>. Acesso em: 21 maio 2014.

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 tenha que decidir de ofício.

O texto da Câmara altera apenas a redação da regra, sem modificar sua substância:

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 tenha que decidir de ofício.

De qualquer sorte, não importa que ainda não exista regra do gênero já positivada e aplicável ao processo civil ou ao processo do trabalho. A exigência, como adverte a doutrina especializada e como deflui do assinalado até aqui, é desdobramento da garantia do contraditório⁴⁶ e “decorre diretamente da cláusula do devido processo legal”.⁴⁷ É, aliás, o que explica haver a jurisprudência considerado indispensável, mesmo sem regra legal positivada, abrir o contraditório quando oferecidos embargos de declaração com efeito infringente,⁴⁸ solução que veio a ser inclusive incorporada a alguns regimentos internos de tribunais.⁴⁹ No caso, foi-se claramente além do direito posto, tudo para assegurar o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Sempre a mesma razão – necessidade de respeito ao contraditório – é que explica a exigência, realçada pela doutrina, de o juízo, ainda que possa e deva agir de ofício na produção de provas, facultando-se-lhe, portanto, extrair da rede mundial de computadores alguma informação para subsidiar o julgamento, convidar as partes a falar sobre o material produzido, antes de utilizá-lo ao sentenciar.⁵⁰

⁴⁶ Por exemplo, BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo código de processo civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. n. 24.3, p. 225.

⁴⁸ STF - 1ª T., RE ED n. 144.981/R, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 11.04.95 in DJU de 08.09.95, p. 28.362 e STF - 2ª T., HC n. 74.735/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 11.03.97 in DJU de 16.05.97, p. 19.951. No processo do trabalho, cf. OJ-SDI I n. 142, do Tribunal Superior do Trabalho.

⁴⁹ Por exemplo, art. 249, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (“Nos embargos de declaração, a concessão de efeito modificativo sujeitar-se-á à prévia concessão de vista à parte contrária”), art. 186, do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (“Quando o Relator verificar que a natureza da omissão a ser suprida mediante o julgamento dos embargos possa levar à modificação do julgado, assegurará vista ao embargado, pelo prazo de cinco dias”).

⁵⁰ Cf. o texto de FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental. Precedente da internet. In: *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 292 e ss., especialmente p. 300, ainda que sem referência expressa ao problema da “decisão-surpresa”.

Vale transcrever, sobre o ponto, acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, que situa corretamente a matéria, *verbis*:

O princípio do contraditório impõe que as partes no processo sejam previamente ouvidas sobre todas as questões relevantes a decidir, sob pena de as decisões emitidas poderem constituir uma decisão surpresa, com a qual não contavam razoavelmente, impedindo-as de, a seu tempo, alegarem o que tivessem por conveniente sobre a matéria. (1ª Subsecção do CA, Processo n. 0961/05, Rel. Rui Botelho, julg. de 30.11.2005).

Ou seja, previsão expressa proibitiva de decisão-surpresa, ainda que útil, em rigor é desnecessária.⁵¹ Sua falta não prejudica a garantia. Ganha nova luz e atualidade, no fundo, a velha referência de Carlos Antonio Cordeiro, feita ainda no século XIX, no rol dos princípios fundamentais de Direito, ao contraditório, nos seguintes termos: “ouvir se deve a parte em matérias que lhe podem prejudicar” e “ouvir se deve a parte antes de proceder”.⁵² É, aliás, a ideia subjacente à Súmula n. 712 do Supremo Tribunal Federal. Mesmo sem regra expressa, firmou-se a necessidade de oitiva do réu antes do desaforamento do processo, como desdobramento da ampla defesa e do devido processo legal:

É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa.

Nos precedentes que deram origem ao verbete há expressa menção às garantias de ampla defesa e do devido processo legal, para fundamentar a conclusão.⁵³

Bem por isso, o Tribunal Constitucional de Portugal teve de se valer da técnica da interpretação conforme a Constituição para não pronunciar a inconstitucionalidade da regra do art. 456º, ns. 1 e 2, do antigo Código de Processo Civil, na previsão atinente à imposição de multa por litigância de má-fé sem prévia oitiva da parte. A decisão tomada pelo Tribunal anota que, diante do “conteúdo genérico do direito fundamental de acesso aos tribunais, que leva implicada a proibição da indefesa, tem-se por seguro que o regime instituído nas normas do art. 456º, ns. 1 e 2 do Código de Processo Civil, quando interpretadas no sentido de a condenação em multa por litigância de má fé não pressupor a

⁵¹ É o que anota NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. cit., n. 24.3, p. 230.

⁵² CORDEIRO, Carlos Antonio. *Collecção de princípios, regras e axiomas do direito divino, natural, civil, público, das gentes e criminal adoptados pelas Ordenações, Decretos e mais leis que vigorarão no Brasil*. Rio de Janeiro: Tipographia Parisiense, 1859.

⁵³ Cf., por exemplo, o acórdão proferido pela 1ª Turma no *habeas corpus* n. 63.807-4/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 05.12.1989 in DJU de 02.03.1990, em que se lê: “...posto que não explicitada no Código, a audiência dos réus sobre o pedido de desaforamento do Ministério Público é exigência que obviamente se compreende nas garantias constitucionais de ampla defesa e do devido processo legal”.

prévia audição do interessado em termos de este poder alegar o que tiver por conveniente, sobre uma anunciada e previsível condenação, padecerá de inconstitucionalidade, por ofensa daquele princípio constitucional”.⁵⁴

Fundamentar a decisão em aspecto estranho ao contraditório, seja de direito ou de fato, mesmo no caso de matéria de ordem pública, suscetível de conhecimento de ofício, ainda que não viole o direito ordinário posto, quando não haja regra proibitiva da conduta na legislação comum, inegavelmente desrespeita de modo direto a Constituição, por ofender a tutela conferida ao direito de defesa e a garantia do contraditório.⁵⁵ O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão bastante recente, assinalou:

...na medida em que a solução jurídica aportada pela sentença (a possibilidade de se considerar que existe um segundo momento com relevância jurídica para determinar a licitude do accionamento da garantia bancária) - e que não é posta em causa no Acórdão recorrido - não foi sequer ponderada pelas partes, a decisão está também em clara violação do princípio do contraditório e proibição de decisões-surpresa. (STJ – 7ª Secção, Processo n. 20900/01, Rel. Silva Gonçalves, julg. em 06.03.2014).

E o Tribunal da Relação de Lisboa enfatizou, certa feita, que o princípio do contraditório obriga evitar-se “a ‘decisão-surpresa’”, a qual se verifica quando “apresentado um pedido de condenação pecuniária, assente numa causa de pedir composta pelo contrato celebrado pelas partes e seu incumprimento pelos (réus), decid(e)-se com base na invalidade de algumas das cláusulas do contrato sem que tal houvesse sido invocado por qualquer das partes”.⁵⁶

7. Processos judiciais ou administrativos e decisão-surpresa

A abrangência da garantia do contraditório faz com que a proibição de decisão-surpresa estenda-se a todos os processos, não apenas os judiciais como também

⁵⁴ Acórdão n. 440/94, Proc. n. 510/92, 1ª Secção, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Na jurisprudência judiciária, cf. O seguinte acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães: “A condenação como litigante de má fé não pode ser decretada, sem prévia audição da parte a sancionar, sob pena de se violar o princípio do contraditório, na vertente da proibição de decisão-surpresa, cometendo-se nulidade que influi na decisão da causa, sendo que tal omissão infringe os princípios constitucionais da igualdade, do acesso ao direito, do contraditório e da proibição da indefesa.” (Processo n. 79603/10.6, Rel. Ana Cristina Duarte, decisão de 09.10.2012).

⁵⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro*. cit., p. 125.

⁵⁶ Processo n. 384/2005-8, Rel. António Valente, decisão de 14.04.2005. No mesmo sentido, no Tribunal da Relação do Porto: “O juiz não pode fundar a decisão em factos que repute de relevantes, de surpresa, isto é, sem informar previamente as partes dos novos factos que pretende aditar e das razões que o levam a fazer esse aditamento, e sem lhes dar oportunidade de produzir sobre esses factos as respectivas provas.” (Proc. n. 430/11.2, Rel. Maria José Costa Pinto, decisão de 23.09.2013).

os de natureza administrativa. A conclusão é facilmente extraída da regra do art. 5º, LV, da Constituição, que salvaguarda a necessidade de respeito ao contraditório “em processo judicial ou administrativo”, locução cujo alcance a jurisprudência sempre pôs em evidência.⁵⁷

No plano federal, a Lei n. 9.784, que disciplina o processo administrativo, prevê que a impulsão de ofício do processo, conquanto obrigatória, não deve prejudicar a “atuação dos interessados”.⁵⁸ Mais ainda, o *caput* do art. 2º impõe à Administração o respeito ao contraditório, previsão que se completa com o direito, conferido expressamente ao “administrado”, de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”,⁵⁹ direito que corresponde, no fundo, à possibilidade de influir na formação do convencimento de quem seja responsável por decidir a controvérsia. Um exemplo ilustra bem o significado concreto e a importância da proibição de decisão-surpresa em matéria administrativa.

Figure-se processo disciplinar, instaurado perante órgão de fiscalização do exercício profissional, cujo objeto seja a exclusão de inscrito nos quadros da atividade. Pode ser o caso de aplicação do art. 38 inciso II, da Lei n. 8.906, que prevê a exclusão, dos quadros de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, de advogado que haja, por exemplo, praticado crime infamante. Ao ensejo do julgamento do pedido de exclusão, iniciada a discussão sobre a natureza infamante ou não do delito, constata-se exercer o advogado a função de agente penitenciário. Ainda que, nos termos do art. 27 da Lei n. 8.906, a incompatibilidade acarrete “a proibição total... do exercício da advocacia”, de modo a que bem se possa falar em nulidade absoluta da inscrição,⁶⁰ e sendo pacífica a

⁵⁷ Particularmente eloquente é o seguinte pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, relacionado com o devido processo legal, mas com conclusão necessariamente válida para o contraditório, compreendido, aliás, naquele princípio: “A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “due process of law”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV)... A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo.” (STF – Pleno, AC-MC-Ref n. 2.588, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 07.04.2010).

⁵⁸ Art. 2º, parágrafo único, inciso XII.

⁵⁹ Art. 3º, inciso III.

⁶⁰ O caso não é, com certeza, de inexistência de inscrição. Afinal, o ato de inscrição aperfeiçoa-se, com o ingresso de pessoa no quadro de advogados, conquanto de modo inválido. Logo, existe juridicamente. Mesmo na hipótese de falsa prova de requisito para inscrição, há o registro do interessado no rol dos advogados, ainda que, mais uma vez, de maneira inválida. O direito português diferencia bem as situações, em matéria de registro pessoal. O Código do Registro Civil (Decreto-Lei n. 131/95) trata das hipóteses de inexistência no art. 85º e das hipóteses de nulidade no art. 87º. Considera inexistente o registro que disser respeito, por exemplo, a “a facto juridicamente inexistente e isso resultar do próprio contexto” (art. 85º,

conclusão em torno da incompatibilidade na hipótese,⁶¹ não se concebe seja invocado tal aspecto, por mais grave e relevante que seja, para pronunciar a exclusão do inscrito, sem lhe dar antes oportunidade de falar sobre o ponto. Decidir pela exclusão, por conta da incompatibilidade não discutida no processo administrativo, contrastaria com a garantia do contraditório.

8. A jurisprudência nacional e a proibição de decisão-surpresa

No Brasil, colhem-se não poucos precedentes interessantes em que, a despeito da ausência de base normativa ordinária, se invoca, a partir da perspectiva do direito constitucional e da defesa dos princípios fundamentais do processo, a proibição de decisão-surpresa para anular julgamento, especialmente no âmbito judiciário. Como mera ilustração, cita-se, de início, o seguinte aresto:

APELAÇÃO CÍVEL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Fundamento adotado pelo magistrado para embasar a procedência da demanda não suscitado anteriormente no processo. Decisão surpresa. Procedimento inadequado à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Desconstituição da sentença. (TJ – RS, 14ª Câm. Cív., ApCív. n. 70051242725 RS, Rel. Judith dos Santos Mottecy, julg. em 08.11.2012).⁶²

É oportuno mencionar acórdão em que se alude, expressamente, à interpretação das normas processuais à luz do direito constitucional “em uma perspectiva neo-processual”. A ementa registra:

A interpretação do diploma legal processual, sob a ótica da Constituição, impõe a observação dos ditames lá postos, de modo que, em uma perspectiva neo-processual, o princípio do contraditório não seja apenas formal, mas também

1, a). É o caso de registro de nascimento que não tenha ocorrido ou, no âmbito da Ordem dos Advogados, seria a hipótese de registro de inscrição que nunca se fez. Nulidade há, ao contrário, quando o registro “for falso ou resultar da transcrição de título falso” (art. 87º, a). De qualquer sorte, como se infere do exposto anteriormente, nada mudaria no raciocínio se o caso fosse de inexistência de inscrição e não de invalidade.

⁶¹ É pacífico, no âmbito da Ordem dos Advogados, o entendimento de que o exercício da função de agente penitenciário induz a incompatibilidade prevista no art. 28, inciso V, da Lei n. 8.906, relacionada com “cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza”. Cf, por exemplo, decisão tomada no Recurso n. 49.0000.2013.014557-5/PCA, Ementa n. 036/2014/PCA, Rel. Cons. Margarete de Castro Coelho, julgado em 08.04.2014, com a seguinte ementa: “Cargo de Agente penitenciário. Incompatibilidade para o exercício da advocacia. Inteligência do Art. 28, V da Lei n. 8.906/94. Firme jurisprudência do CFOAB. Voto pelo recebimento do recurso e seu desprovimento.” (DOU, S.1, de 28.05.2014, p. 174).

⁶² DJ de 22.11.2012.

substantial. E dessa configuração decorre a ideia de que as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão do magistrado que aborde questão de fato ou de direito que não foi previamente submetida ao contraditório, como na espécie, no que respeita ao valor fixado para a carta de crédito. Agravo retido desprovido. Apelação provida. Sentença desconstituída. (TJ – RS, 4ª Câmara Cív., Ap. Cív. n. 70039049531, Rel. José Luiz Reis de Azambuja, julg. em 04.04.2012).

Outro acórdão, ao repelir decisão-surpresa, anota, de modo genérico:

...a parte não pode ser apanhada por decisão fundada em fato e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento. (TJ – SP, 2ª Câmara Dir. Púb., AI n. 0583984-73.2010.8.26.0000, Rel. Vera Angrisani, julg. em 12.04.2011).

O repertório de precedentes do Superior Tribunal de Justiça contempla aresto em que se transcreve parecer do Ministério Público de teor seguinte, *verbis*:

O princípio da ampla defesa, portanto, é de ser tomado como a *possibilidade efetiva de as partes agirem em juízo*, de modo a se manifestarem, preventiva e tempestivamente, acerca de todas as *questões*, de fato ou de direito, preliminares ou prejudiciais, de rito ou mérito, que possa influir na decisão judicial, afastando-se, assim, o *Überraschungentscheidung*, expressão que pode ser traduzida por *decisão de surpresa* ou como *decisão que surpreende* as partes, mediante a solução de uma “*questão decisiva*”, não prevista nem discutida.⁶³

No processo do trabalho, já se teve ocasião de assinalar os riscos de decisão-surpresa, ao privar a parte de falar sobre possível utilização, no julgamento, de norma sujeita a aplicação de ofício:

PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO. Impassível de manutenção, quando não permitida ao autor prova de condição interruptiva do lapso prescricional. (TRT – 1ª Reg., 1ª T., Proc. RO n. 13780420115010082, Rel. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, julg. em 16.07.2013).⁶⁴

É ainda digna de nota decisão mais antiga do Tribunal Superior do Trabalho que leva ao mesmo resultado, ainda que faça referência, talvez com alguma imprecisão, aos arts. 128 e 460 do CPC:

⁶³ STJ – 6ª T, Proc. HC n. 131.826-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julg. em 17.03.2011 in DJe 04.04.2011.

⁶⁴ DJ de 01.08.2013.

Decisão que teria usado de fundamento não utilizado pela parte. Quando se decide fora dos limites do pedido ou usando-se de fundamento não invocado pela parte, fora do contraditório, portanto, ...cabe alegar a nulidade do julgado por infringência aos arts. 128 e 460 do CPC. (TST - 3ª T., RR. n. 5.149/85, Rel. Min. Guimarães Falcão).⁶⁵

Arremata-se o presente tópico com transcrição de precedente que transforma a proibição de decisão surpresa em princípio, *verbis*: “Evidenciada violação ao devido processo legal e ao princípio da não surpresa, impõe-se seja anulado o processo, a partir do encerramento da instrução”.⁶⁶

9. Decisão-surpresa e nulidade

Se, como se procurou mostrar ao longo dos itens anteriores, a prolação de decisão-surpresa infringe as garantias do contraditório e do devido processo legal, pouco importa não tenha sido deferido algo diverso do pedido. Mesmo que o resultado final seja o que foi postulado, a nulidade permanece. O vício não decorre do resultado, mas do meio para alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes.

Por tal motivo, se foi pedida a nulidade de certa cláusula de convenção coletiva, por ilicitude de seu objeto (art. 166, inciso I, do Código Civil), por exemplo, mas vem a ser decretada a nulidade por motivo completamente diferente, não debatido nem discutido no processo – como, para citar apenas uma hipótese, preterição de solenidade imposta por lei (art. 166, inciso V) -, há vício processual insanável, pela ofensa aos incisos LIV e LV, da Constituição.

De outra parte, quando impugnada a decisão-surpresa, com alegação de sua nulidade, nem cabe perquirir se, no mérito, é correta a norma aplicada de ofício ou se está adequado o enquadramento jurídico dado ao problema pelo juízo. O ponto é sem importância, na medida em que, como não houve o necessário debate no processo, não poderia o julgamento levar em conta a norma ou o enquadramento dado. Cabe citar novamente o precedente da Divisão Civil da *Court of Appeal* da Inglaterra: “...*the judge is compelled to reject a claim on the basis on which it is advanced, although he or she is of the opinion that it would have succeeded if it had been advanced on a different basis*”.⁶⁷

⁶⁵ D.J.U. n. 63/86 *apud* TEIXEIRA FILHO, João de Lima, Repertório de Jurisprudência Trabalhista, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, v. 5, n. 3.579, p. 746.

⁶⁶ TJ – RS, 16ª Câmara, Ap. Cív. n. 70049625080, Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, julg. em 09.08.2012 *in* DJe n. 4895 de 14.08.2012.

⁶⁷ [2005] EWCA Civ 1041, n. 21.

A síntese encontra-se em paradigmático julgado da Corte de Cassação italiana, a qual, debruçando-se sobre o problema da decisão-surpresa, firmou a seguinte diretriz, que permanece até hoje:

La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. (Corte di Cassazione, Sez. III civ., Sentenza n. 16577, decisão de 05.08.2005).

E a doutrina referenda a conclusão, em termos enfáticos, ainda que em certa medida algo exagerados, quando alude – de modo impróprio – à inexistência da sentença: “*una sentenza che si basa su di un argomento non discusso dalle parti, e che perciò ignora (o meglio nega) il valore accertante del contraddittorio, viene colpita dalla nullità, ossia non esiste per l’ordinamento*”.⁶⁸

Para retomar o exemplo citado pouco antes, se, em ação anulatória, foi pedida a decretação da nulidade de certa cláusula de convenção coletiva ou de toda a convenção por ilicitude de seu objeto (art. 166, inciso I, do Código Civil), ainda que tenha havido preterição de solenidade imposta por lei (art. 166, inciso V), perceptível *ictu oculi*, não se pode pronunciar a invalidade do negócio por esse segundo motivo, e não por aquele deduzido como causa de pedir, sem que antes haja sido dada às partes oportunidade para exame e discussão do ponto.

Não é demasiado anotar, de outro lado, que a aplicação de ofício de alguma regra, sem observância do contraditório, vicia o processo quer tenha isso ocorrido em primeiro grau ou em segundo grau ou, ainda, se for o caso, em grau extraordinário de jurisdição, no âmbito de recurso de revista, recurso especial ou recurso extraordinário. O respeito à bilateralidade do juízo impera em todos os graus de jurisdição.⁶⁹ Tanto é assim

⁶⁸ SOMMAGGIO, Paolo. *La centralità del contraddittorio nell’esperienza giuridica: Prime riflessioni per una teoria radicale*, Diritto & Questioni pubbliche, n. 7/2007, p. 100. Disponível em: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2007_n7/2007-DQ_a-mono-04_Sommaggio.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2014.

⁶⁹ Assim, no direito italiano, com alusão a “*giudice d’appello... o la Cassazione*”, Andrea Giordano, *Contraddittorio e questioni rilevabili d’ufficio. Riflessioni sulle pronunce ‘a sorpresa’ alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ.* Disponível em: <<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=231>>. Acesso em: 20 maio 2014.

que a já citada exigência de oitiva da parte contrária, diante de embargos de declaração com conteúdo infringente, também incide em qualquer grau de jurisdição. Não sem motivo o *Code de justice administrative* francês, lembrado em passagem anterior, refere-se à necessidade de ouvir as partes quando se pretenda fundar a decisão “*sur un moyen relevé d’office*”, ainda que tal se dê no “*Conseil d’Etat*”,⁷⁰ órgão investido também de jurisdição extraordinária em matéria administrativa.⁷¹ Logo, não pode o juízo de segundo grau, ao examinar recurso contra decisão que anulou norma coletiva por ilicitude de seu objeto (art. 166, inciso I, do Código Civil), entendendo não ter havido a apontada nulidade, manter o decidido, por fundamento diverso, como preterição de solenidade imposta por lei (art. 166, inciso V), caso não haja sido esse outro fundamento discutido no curso do processo. Se o fundamento invocado na petição inicial para o pedido de decretação da nulidade não justifica a decisão, a utilização de outro, mesmo em tese aplicável de ofício, reclama prévia abertura de oportunidade para discussão pelas partes.

Verificado o vício, com quebra do contraditório, o pedido de anulação do pronunciamento pode ser feito tanto por meio do recurso normalmente previsto para impugnar a decisão (por exemplo, apelação ou recurso ordinário, no caso de sentença) como, ainda, por meio de embargos de declaração. A construção que autoriza o oferecimento do último para a correção de *error in procedendo*,⁷² inclusive positivada, no processo do trabalho, pela regra do art. 897-A, da CLT, tem pertinência na hipótese. No âmbito administrativo, a anulação pode ser pedida, de início, por meio de recurso,

⁷⁰ Art. R. 611-7.

⁷¹ Como anota LAUBADÈRE, André de. “*le Conseil d’Etat est juge de cassation à l’égard de tous les tribunaux administratifs ‘statuant en dernier ressort’, c’est-à-dire de tous les tribunaux administratifs qui ne relèvent pas déjà de lui par voie d’appel*” (*Traite élémentaire de droit administratif*. Paris: LGDJ, 1970. I, n. 625, p. 364).

⁷² Por exemplo: “Embargos de declaração no *habeas corpus*. Alegação de nulidade. Ausência de intimação prévia da defesa para a sessão de julgamento. Pedido formulado expressamente nos autos para realização de sustentação oral. Nulidade reconhecida. Precedentes. Embargos providos para determinar a realização de outro julgamento com a ciência prévia dos impetrantes. 1. A intimação da defesa para a sessão de julgamento, havendo pedido expresso nos autos para sustentar oralmente, é de rigor sob pena de constituir nulidade absoluta do julgado. Precedentes: HC 99.929-QO/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 4/6/2010 e RHC 110.622-ED/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 23/12/2012. 2. *In casu*, a defesa do paciente formulou expressamente pedido nos autos para que fosse intimada da data da sessão de julgamento do *habeas corpus*, contudo a intimação foi encaminhada para endereço diverso do informado na petição inicial, frustrando, por consequência, a ciência dos impetrantes para exercerem o direito de sustentar oralmente. 3. Embargos de declaração providos para anular o julgamento do *writ* ocorrido em 13/9/2011, a fim de que outro se realize com a prévia intimação dos impetrantes. 4. Autos remetidos ao gabinete do Ministro Relator originário deste *habeas corpus*.” (STF – 1ª T., HC n. 105.897/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 13.08.2013 in DJe n. 172, divulg. em 02.09.2013, pub. em 03.09.2013). Na jurisprudência trabalhista: “Erro Material. A Eg. Turma ao declarar prescrito o direito de ação, tomando como base o dia da publicação do acórdão normativo como se fosse a data do trânsito em julgado, cometeu erro material, que deveria ter sido sanado perante a Turma quando da oposição dos Embargos Declaratórios” (TST- SDI, E-RR-53871/92.3, Rel. Min. Cnéa Moreira, Ac. n. 942/96 in DJU de 26.04.96).

nos termos do art. 56 da Lei n. 9.784.⁷³ A quebra do contraditório constitui motivo de legalidade para pedido de cassação do pronunciamento. Na sequência, não acolhido o recurso, permanece a via judicial para anulação da decisão proferida, inclusive por meio de mandado de segurança, sempre que satisfeitos os pressupostos para a impetração do *writ*,⁷⁴ sem prejuízo de utilização de ação anulatória, caso, por exemplo, transcorrido o prazo de 120 dias, previsto no art. 23 da Lei n. 12.016.⁷⁵

Por fim, a nulidade apontada fica sujeita ao regime geral das nulidades. Em matéria processual observa-se, no processo do trabalho, o disposto nos arts. 794 e 795 da CLT. Em primeiro lugar, é preciso suscitar o vício logo na primeira oportunidade em que couber à parte manifestar-se no processo, sob pena de preclusão. Em segundo lugar, para que se anule a decisão, é preciso demonstração do prejuízo sofrido com a quebra do contraditório, prejuízo que no mais das vezes envolve julgamento desfavorável à parte que suscita o vício.⁷⁶ Sem embargo, pode ocorrer que ele deixe de ter relevância processual. Considere-se, para ficar sempre no exemplo empregado, ação anulatória de convenção coletiva, por ilicitude do objeto. Se o juízo reconhece haver, além de ilicitude invocada, também preterição de formalidade imposta por lei – ponto trazido de ofício, sem prévia discussão no contraditório –, o reconhecimento do vício, que certamente existe em relação ao tema da formalidade não observada, não basta para anular o julgamento, que se mantém pelo seu outro fundamento. Incide, no caso, a diretriz subjacente à Súmula n. 23 do Tribunal Superior do Trabalho,⁷⁷ a qual envolve, no fundo, regra geral de Direito Processual, segundo a qual não se admite postulação destituída de interesse. Como assinalado pela doutrina italiana, “è da escludersi che la nullità del procedimento possa riflettersi sulla sentenza, qualora la questione rilevata sia ininfluyente ai fini della decisione, oppure quando risulti che la mancata rilevazione della stessa avrebbe comunque condotto allamedesima decisione”.⁷⁸

⁷³ “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”.

⁷⁴ Em jurisprudência: “Administrativo e constitucional. Demissão. Sindicância. Nulidade. Ausência de ampla defesa. CF/88, Art. 5º LV. 1. Ofendido, em sindicância administrativa, o princípio da ampla defesa com clara ofensa ao Art. 5º LV, da CF/88, impõe-se a respectiva revisão que deverá ser obediente ao contraditório e à defesa plena. 2. Segurança concedida.” (STJ – 3ª Sec., Proc. n. 6330, Rel. Edson Vidigal, julg. em 24.11.1999 in DJU de 17.12.1999, p. 318).

⁷⁵ Para um exemplo de ação anulatória, extraído da jurisprudência, em caso de ofensa ao contraditório em processo administrativo de imposição de multa por infração à legislação de trânsito, cf. TRF – 2ª Reg., 7ª T. Esp., Ap. Civ. n. 617.937, Rel. José Antonio Lisboa Neiva, julg. em 02.04.2014 in E-DJF2R de 22.04.2014.

⁷⁶ Também é assim na jurisprudência da *Corte di Cassazione* italiana, como mostram as decisões proferidas nos casos n. 16802/2009 e n. 18104/2009. Disponível em: <http://www.ca.milano.giustizia.it/ArchivioPubblico/B_63.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

⁷⁷ “Não se conhece de recurso de revista ou de embargos, se a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos e a jurisprudência transcrita não abranger a todos.”

⁷⁸ GRADI, Marco. *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*. cit., p. 840, com citação de doutrina e jurisprudência conforme em nota 54.

10. Conclusão

O respeito à garantia do contraditório impõe que o juízo, antes de aplicar de ofício alguma regra legal ou de requalificar a controvérsia, inovando a discussão até então travada no processo, ouça as partes. Se não o fizer, a parte prejudicada pode postular a anulação do julgamento, por infração ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição.

São Paulo, fevereiro de 2014.