

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2018/1



LVIX

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIX – 2018/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marcos António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortega Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Genova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Luis Menezes Leitão

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Dário Moura Vicente

Fernando Loureiro Bastos

Pedro Candade de Freitas

Nuno Cunha Rodrigues

SECRETARIA DE REDAÇÃO

Rosa Guerreiro

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Outubro, 2018

5 **Editorial**

André Mendes Barata

- 7-42 O Mecanismo Único de Resolução: análise à luz do caso BES
The Single Resolution Mechanism: analysis in light of the BES case

Carla Amado Gomes, Marco Caldeira, José Duarte Coimbra e Francisco Abreu Duarte

- 43-91 O contencioso administrativo em matéria de direito de asilo e de protecção subsidiária
Procedural administrative remedies in respect of rights to asylum and to subsidiary protection

Dário Moura Vicente

- 93-113 O princípio da igualdade entre cônjuges no Direito Comparado
The principle of equality of spouses in the light of Comparative Law

Érico Andrade

- 115-162 A atuação judicial e o contraditório: o artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e as consequências da sua violação
Judicial activity and the principle of *audi alteram partem*: article 10 of Brazilian the Code of Civil procedure of 2015 and the consequences of its violation

Lucas Calafiori Catharino de Assis

- 163-188 A arbitragem tributária no contexto brasileiro
Tax arbitration in the Brazilian context

Luís Filipe Mota Almeida

- 189-222 Brevíssimas reflexões sobre a decisão do procedimento no novo Código do Procedimento Administrativo
Brief considerations about the decision of proceedings in the new Administrative Procedure Code

Maria Cláudia Cachapuz

- 223-248 A configuração e a restrição de direitos subjetivos a partir do exercício de posições jurídicas fundamentais em Hohfeld
Configuration and restriction of subjective rights in Hohfeld's model of basic legal positions

Martim de Albuquerque

- 249-279 D. Manuel I, o Direito e a Justiça
D. Manuel I, Law and Justice

A atuação judicial e o contraditório: o artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 e as consequências da sua violação

Judicial activity and the principle of *audi alteram partem*: article 10 of Brazilian the Code of Civil procedure of 2015 and the consequences of its violation

Érico Andrade*

Sumário: 1. Introdução: o juiz e o contraditório. 2. O contraditório no âmbito dos temas levantados de ofício pelo juiz no cenário comparado (França e Itália). 3. O artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015: âmbito de aplicação e as consequências da sua violação. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo do estudo é promover análise mais aprofundada da vinculação do juiz ao contraditório, para os temas que levanta de ofício no processo, quando deve, então, suscitar o prévio debate entre as partes, temática introduzida expressamente no direito positivo brasileiro pelo artigo 10 do CPC/2015. Assim, tendo como ponto de partida a análise das doutrinas francesa e italiana, especialmente esta última, diante da positivação recente no direito italiano da proibição de decisão *a sorpresa* (2009), busca-se delinear no direito brasileiro vigente o âmbito de alcance do seu artigo 10 do CPC/2015 (aplicação a todas as questões de direito processual ou material, sejam elas de puro direito, de fato ou de direito e de fato), bem como as consequências da violação da proibição da prolação de decisões de surpresa.

* Professor Adjunto de Processo Civil da Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito Processual Civil pela UFMG/*Università degli Studi di Milano*. Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Membro do IBDF. Advogado

** Quer-se registrar especial agradecimento ao Professor Giovanni Bonato, *Université Paris Ouest Nanterre La Défense*, e atualmente também Professor Colaborador no Programa de Pós-graduação da UFMG, inclusive pela conferência dos pontos relativos aos direitos italiano e francês.

Palavras-chave: ARTIGO 10 DO CPC/2015 – TEMAS SUSCITADOS DE OFÍCIO PELO JUIZ – NECESSIDADE SUBMISSÃO AO PRÉVIO CONTRADITÓRIO – ANÁLISE DO ÂMBITO APLICAÇÃO DA NORMA – NULIDADE DECISÃO SUPRESA

Abstract: This paper aims to make a profound study on how the principle *audi alteram partem* binds the Courts on questions that are raised *ex officio* on the course of a civil suit, when the Courts must hear both sides before ruling on the question, a rule that was explicitly introduced into Brazilian positive law by article 10 of the Code of Civil Procedure of 2015. Thus, using French and especially Italian doctrines as a starting point, given the recent introduction in the Italian legal system of a rule forbidding “*a sorpresa*” decisions (2009), this paper presents the scope of article 10 of the Code of Civil Procedure of 2015 within Brazilian current law (its applicability to all procedural and substantive questions, be them purely legal, purely factual or part legal and part factual questions), and the consequences of violating the prohibition on “*a sorpresa*” decisions.

Keywords: ARTICLE 10 OF THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE CF 2015 – EX OFFICIO QUESTIONS – NECESSITY OF HEARING BOTH PARTIES – ANALYSIS OF THE SCOPE OF THE RULE – INVALIDITY OF SURPRISE DECISIONS

1. Introdução: o juiz e o contraditório

O tema da inclusão do juiz no ambiente do contraditório, especialmente no que diz respeito aos pontos ou questões que pode suscitar *de ofício*, tem sido objeto de debates em ordenamentos europeus desde as décadas de 60/70 do século passado – como é o caso dos direitos italiano e francês,¹ com repercussões na legislação processual dos dois países – e que só recentemente tem chamado a atenção da doutrina brasileira, como se observa, por exemplo, em trabalho de autoria de Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes Coelho publicado em 2009.²

¹ LUIGI PAULLO COMOLINI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio* in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-deiI%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017).

² HUMBERTO THEODORO JÚNIOR / DIERLE F. JOSÉ COELHO NUNES, *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de*

Na linha do que ocorreu nos ordenamentos italiano e francês, também o legislador brasileiro acabou por acolher, de forma expressa, no Código de Processo Civil de 2015, doravante CPC/2015, a inserção do juiz no contraditório,¹ para abarcar os temas que pode suscitar de ofício, e que por isso devem, antes, ser submetido ao contraditório prévio entre as partes, como se pode extrair do artigo 10, destacado no novo Código dentre as normas fundamentais do processo civil.²

Certo, pois, que o princípio do contraditório, hoje, tem uma incidência geral, desde a ordem internacional³ até as Constituições,⁴ chegando-se a afirmar inclusive seu valor como princípio de direito natural,⁵ considerado a *magna charta* do processo

aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, vol. 168, fev/2009, pp. 107-141, que invocam os cenários do direito francês e italiano. Cf. também ÉRICO ANDRADE, *O Mandado de Segurança – A busca da verdadeira especialidade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 138-145. No mesmo sentido já tinham se manifestado anteriormente CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2.ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p. 222: “Assentou-se, ainda, a inadmissibilidade de serem os litigantes surpreendidos por decisão apoiada, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que as partes não se tenham apercebido. Nesse caso, o ponto de vista do órgão judicial deve ser previamente submetido ao contraditório das partes”; e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. 1, 6.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, pp. 523-524, já chamava a atenção para a inserção do juiz no contraditório, citando, por exemplo, o artigo 16 do Código de Processo Civil francês: “A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade”.

¹ Perspectiva que, como destacam, por exemplo, HUMBERTO THEODORO JUNIOR / DIELE JOSÉ COELHO NUNES, 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*, vol. 168, fev/2009, pp. 107-141, já se podia extrair da Constituição e do próprio sistema do CPC/73, não obstante a ausência de norma expressa em tal sentido.

² CPC/2015: “Artigo 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” in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

³ SERGE GUINCHARD *et alii*, *Droit processual – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4.ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 2007, pp. 861-862: “Les droits de la défense et le principe de la contradiction ont valeur européenne. Point n’est besoin d’insister ici sur la valeur internationale et européenne des droits de la défense qui, en matière pénale notamment, mais aussi en matière civile, est affirmée par plusieurs dispositions du Pacte international de 1966 e de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”.

⁴ SERGE GUINCHARD *et alii*, *Droit processual – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4.ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 2007, p. 864, “Les droits de la défense et le principe de la contradiction ont valeur constitutionnelle. Toute une série de décisions du Conseil constitutionnel ont d’abord affirmé solennellement le « respect des droits de la défense, tels qu’ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »”.

⁵ SERGE GUINCHARD *et alii*, *Droit processual – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4.ª édition, Éditions Dalloz, Paris, 2007, p. 861: “ Les droits de la défense et le principe de la contra-

civil,⁸ de modo que o direito brasileiro não destoia deste movimento de valorização do contraditório, incorporado como garantia constitucional fundamental no âmbito do devido processo legal⁹ (artigo 5º, incisos LIV e LV, Constituição da República Federativa do Brasil),¹⁰ em sua acepção mais moderna e atual, em que o contraditório é lido não só sob o aspecto formal ou estático, com base no tradicional binômio informação-reação, mas sob perspectiva dinâmica,¹¹ dotada de maior efe-

dition ont valeur de principe de droit naturel. Le principe des droits de la défense est un principe de droit naturel qui vaut en toutes matières, civile et pénale. (...) C'est Motulsky qui, le premier, sans doute, a le mieux dégagé l'importance de ce principe et sa valeur de droit naturel (...) Droit naturel, car le principe des droits de la défense est l'empreinte que donne une société civilisée sur ses procès : respect des arguments des autres, dont nécessité de les connaître par communication des pièces, des écritures, etc. Au-delà, respect de la personne, de l'adversaire en matière civile, de l'accusé en matière pénale, le temps d'un procès". No mesmo sentido, ROGER PERROT, *Institutions judiciaires*, 13.ª ed., Montchrestien, Paris, 2008, p. 460.

⁸ AUGUSTO CHIZZINI, Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., *Il Giusto Processo Civile*, 2011, pp. 43-45.

⁹ Conferir artigo 111, ns.º 1 e 2, da Constituição italiana: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge assicura la ragionevole durata". Neste contexto constitucional, na Itália LUIGI MONTESANO, Luigi, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via", *Rivista di Diritto Processuale*, anno LV, n.º 4, ottobre-dicembre 2000, pp. 929-930, já sustentava, com base apenas na previsão das garantias processuais inseridas na Constituição, especialmente a do contraditório, a proibição da sentença de "terceira via", em que o juiz decide com base em pontos que levanta de ofício, sem submissão ao contraditório prévio entre as partes: "Il nuovo 2º comma dell'art. 111 della Costituzione, introdotto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, dicendo che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti a giudice terzo e imparziale», mi sembra chiaramente proibire giudizi civili de «terza via». A integração do contraditório na ambientação do processo "justo" é muito bem colocada por LUIGI PAOLO COMOGGIO, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, ao destacar a necessidade de observância do contraditório pelo próprio juiz quando levanta questões de ofício in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%2811-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28/12/2017). A efetividade do contraditório com a proibição de decisões de surpresa decorre diretamente da Constituição, também é destacada, por exemplo, por ESTEVAO MALLET, Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa", *Revista de Processo*, vol. 233, jul/2014, pp. 43-64: "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 contraditório e «decorre diretamente da cláusula do devido processo legal»".

¹⁰ In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹¹ Cf. FERNANDO GONZAGA JAYME / MARCHI DI VEGIA FRANLYX, O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, vol. 227, jan/2014, pp. 335-359. HILBERTO THEODORO JÚNIOR *et alii*, *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*, Ed. Forense-Gen, Rio de Janeiro, 2015, pp. 83-84.

tividade e que abarca não só a atividade das partes,¹² mas também do próprio juiz e impõe que este atue de acordo com o contraditório,¹³ até para as questões que venha a suscitar de ofício no processo, destacando-se, ainda, a ligação do princípio do contraditório com o princípio de colaboração – uma vez que a formação da “matéria” da decisão judicial deve ser formada a partir da colaboração entre partes e juiz¹⁴ – e com o princípio da imparcialidade do juiz.¹⁵

Noutras palavras, busca-se, com o novo artigo 10 do CPC/2015, tal como ocorreu mais recentemente no direito italiano, positivar linha de tutela mais adequada do

¹² Conforme precisa observação de ROGER PERROT, *Institutions judiciaire*, 13.^e ed., Paris, Montchrestien, 2008, p. 460, o princípio do contraditório “est destiné à sauvegarder les intérêts de toutes les parties en cause: non seulement les intérêts du défendeur, mais également ceux du demandeur”.

¹³ NICOLÒ TROCKER, Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. LV, 2001, p. 394: “È oggi pacifico che il contraddittorio non comprende solo il meccanismo in cui si svolge l’attività dialetticamente contrapposta e reciprocamente complementare dei contendenti. Secondo una prospettiva chiaramente recepita da alcune moderne codificazioni processuali il contraddittorio coinvolge in un complesso gioco di interazioni anche il giudice”. Também FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa»: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1182, destaca que muito se tem discutido neste novo milênio a respeito da efetiva extensão do princípio do contraditório, assentando-se, hoje, que resta superada a tradicional aceção de aplicação apenas às partes, para abarcar também o próprio juiz: “Molto si è discusso, specialmente a cavallo del nuovo millennio, sull’effettiva estensione del principio del contraddittorio, oggi sancito anche a livello costituzionale dall’art. 111, comma 2º, Cost., e ciò non soltanto nei rapporti *inter partes*, secondo la tradizionale accezione che garantisce ai litiganti la possibilità di conoscere e replicare alle reciproche argomentazioni (*audiatur et altera pars*), ma anche (e soprattutto) nell’ambito delle relazioni fra parti e giudice, chiamato ad allestire tutte le condizioni affinché le prime possano affrontare e discutere – su di un piano di parità – i diversi elementi della controversia”.

¹⁴ A correlação entre o princípio do contraditório e o princípio da colaboração é muito bem explicitada por LAURA SALVANESCHI, Dovere di collaborazione e contumacia, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIX, n.º 3, maggio-giugno 2014, pp. 564-566. Cf. Ainda, FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, pp. 1184-1185.

¹⁵ Cf. LUIGI PAOLO COMOGLIO, Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio: “La ratio fondamentale di queste importanti innovazioni – da collocarsi al centro delle ultime riforme processuali, accanto ad altri essenziali principi-guida (quali, la «durata ragionevole», l’«accelerazione» e la «moralizzazione» del processo «giusto», la «pienezza» e l’«effettività» della tutela) – si identifica, agevolmente, nell’esigenza di rafforzare il contraddittorio effettivo delle parti dinanzi al giudice, sia nel promovimento iniziale e nel corso del giudizio, sia nel momento finale della decisione, con l’ulteriore rafforzamento delle garanzie di «terzietà» e di «imparzialità» dell’organo giudicante” (http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017)).

direito fundamental ao contraditório, não só como valor abstrato, mas como garantia concreta para permitir às partes, em um determinado processo, o efetivo direito de concorrer à formação do convencimento judicial,¹⁶ envolvendo também às questões que podem ser levantadas de ofício pelo juiz.¹⁷

Até porque, como destaca muito bem Francesco Paolo Luiso, o princípio do contraditório se estrutura com base no pressuposto de que uma questão discutida no processo entre as partes tende a ser decidida de maneira mais adequada do que uma questão que não foi objeto de qualquer discussão entre as partes, pois se se pudesse concluir que o juiz decide igualmente bem sem a contribuição das partes, o princípio do contraditório não teria nenhum sentido no processo.¹⁸

¹⁶ Sem esquecer, neste ponto, a importância da exigência da fundamentação ligada diretamente ao contraditório efetivamente desenvolvido pelas partes no processo, como impõe o CPC/2015, nos artigos 11 e 489, parágrafos 1º e 2º. Cf. MARCO DE CRISTOFARO, *La motivazione delle decisioni giudiziali in I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*, Editora Jus Podium, Salvador, 2016, p. 53: “Diviene allora evidente come la motivazione della decisione giudiziale sia il principale mezzo di riscontro dell’effettività del contraddittorio: unicamente tramite la motivazione diviene possibile non solo comprendere le ragioni della sentenza, ma soprattutto verificare se il giudice ha tenuto conto della attività delle parti ed ha preso posizione su di esse, accettandole o ripudiandole, con è imposto dal principio del contraddittorio”.

¹⁷ CLAUDIO CONSULO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 57, a respeito da novidade introduzida no direito italiano em 2009, com a alteração do artigo 101 do Código de Processo Civil, destacam a efetiva busca da proteção concreta do direito fundamental ao contraditório: “Il nuovo c. 2 dell’art. 101 c.p.c. è dettato a tutela del fondamentale diritto al contraddittorio (art. 111, c. 2, Cost.) nell’accezione sopra richiamata, e dunque non quale valore astratto, ma quale mezzo atto a consentire alle parti la piena esplicazione del loro diritto di concorrere, con le proprie difese, alla formazione del convincimento del giudice, e così ottenere una decisione che possa risultare il più possibile ‘giusta’ nei modi di formazione e dunque negli esiti finali di equa composizione della lite”. Nesse sentido, também MARCO GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, p. 827, destaca que a permissão para que as partes possam desenvolver seus argumentos em relação aos poderes que o juiz exerce de ofício não pode ser mera faculdade judicial, mas sim um dever do magistrado, que não está autorizado a emitir decisões de surpresa ou de terceira via, configurando-se, tal vedação, como derivação do princípio de civilidade jurídica que incorpora valores constitucionais, como o do respeito ao contraditório, já reconhecida em outros países, como França e Alemanha.

¹⁸ FRANCESCO PAOLO LUISO, *Diritto Processuale Civile*, vol. 1, 4.ª edição, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 32: “Il principio del contraddittorio deve, dunque, trovare applicazione alle iniziative officiose del giudice. (...) Per le questioni rilevabili di ufficio, invece, si pone la necessità che esse siano preventivamente sottoposte al contraddittorio delle parti. Ed infatti, il principio del contraddittorio si fonda sul presupposto che una questione discussa è meglio decisa di una questione non discussa: se, invece, si dovesse concludere che il giudice decide ugualmente bene anche senza il contributo delle parti, il principio del contraddittorio non avrebbe senso. Tanto varrebbe cancellare

Assim, o artigo 10 do CPC/2015 consolida, no ordenamento processual brasileiro, o contraditório e a importância da participação das partes como ponto fundamental para a sentença justa, do ponto de vista da adequação procedimental, sob pena, como destaca a doutrina italiana, de a decisão judicial ser vista como mero ato de força.¹⁹

Diante desse contexto geral, já conhecido pela doutrina brasileira, pretende-se, neste estudo, a partir do direito francês e aprofundando mais nas discussões havidas recentemente no direito italiano,²⁰ analisar e debater o alcance do novo artigo 10 do CPC/2015 e as consequências processuais que podem recair sobre a decisão judicial que não observa tal determinação do contraditório prévio,²¹ inserindo-se como decisão-surpresa ou de “terceira via”, como são conhecidas no direito italiano as decisões proferidas pelo juiz quando fundadas em matérias por ele introduzidas de ofício no processo, sem submetê-los ao prévio contraditório entre as partes.²²

il secondo comma dell'art. 24 Cost. Quando, pertanto, il giudice rileva una questione di ufficio, deve sottoporla alla discussione delle parti, e deciderla dopo aver raccolto le loro argomentazioni”.

¹⁹ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 45: “Così, in una norma positiva, si consolida il principio fondante per il quale è sulla base del metodo dialettico che alla pronuncia giudiziale deve essere riconosciuto il carattere che struttura la sentenza come giusta: qualifica che muove dalla mediazione svolta dal giudice tra pretese contrapposte, per dedursi che senza tale effettiva ponderazione tra questioni discusse dalle parti ogni decisione scema a mero atto de forza”.

²⁰ Registre-se a importância atual dos estudos comparados, como destaca, por exemplo, recente trabalho de SABINO CASSESE, *Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, n.º 4, p. 1006: “La cultura giuridica è necessariamente comparativa, anche se non deve comparare principi, ma i modi nei quali si adattano ai diversi ordini giuridici nazionali. Questo vuol dire che non comporta solo un esercizio ‘one to one’, ma anche un esercizio *one to many* e *many to many*, come del resto le contemporanee forme di comunicazione. Questo spiega perché migliaia di studenti e di studiosi di diritto vanno a studiare in altri Paesi, diversi da quello nel quale intendono lavorare. Essi non sono confinati all’ordine giuridico di una nazione e varcano le frontiere nello stesso modo in cui varcano le frontiere alcune regole giuridiche”. Também MICHELE TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. LIV, 2000, p. 1083, já que “sembra che anche i processualisti stiano diventando consapevoli delle dimensioni transnazionali e transculturali delle giustizia civile. Una ragione di ciò è la percezione del fatto che i problemi fondamentali dell’amministrazione della giustizia sono sostanzialmente gli stessi in tutti gli ordinamenti giuridici moderni”. No direito brasileiro, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, 6.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2010, pp. 167-168, destaca as perspectivas comparativas no processo civil, mas também aponta as cautelas que se deve ter no uso das comparações processuais.

²¹ A respeito do tema na Alemanha conferir WELDER QUEIROZ DOS SANTOS, *A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha*, *Revista de Processo*, vol. 240, fev/2015, pp. 425-435.

²² LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio, o uso das duas expressões no direito italiano: “o come da noi si dice, di sentenza «a sorpresa» o «della terza via»” in*

2. O contraditório e os temas levantados de ofício pelo juiz no cenário comparado (França e Itália)

Registre-se, inicialmente, que será dado destaque maior para o debate na Itália, em que as discussões são mais recentes e mais pronunciadas, uma vez que o tema foi objeto de atualização legislativa em 2009, enquanto que no sistema francês a questão da observância do contraditório pelo próprio juiz se encontra mais assentada desde o início dos anos 80 do século passado.

Com efeito, na França, como aponta a doutrina, depois das reformas de 1971 e 1973 e da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1975, seguido de importante julgado do Conselho de Estado de 1979, o decreto 81-500 de 12.05.1981 acabou por rever a redação do artigo 16 do Código de Processo Civil francês para assentar que o juiz tem não somente a obrigação de fazer observar o contraditório entre as partes, mas também que o próprio juiz está jungido a observar o contraditório.²³ Assim, as partes restam protegidas não só de manobras do adversário, mas da atuação do próprio juiz,²⁴ aplicando-se a norma até mesmo às matérias puramente de direito levantadas de ofício pelo juiz, como literalmente dispõe a alínea 3 do artigo 16 do Código de Processo Civil francês.

http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017).

²³ SERGE GUINCHARD / FRÉDÉRIQUE FERRAND / CÉCILE CHAINAIS, *Procédure civile - Droit interne e droit communautaire*, 29.^e ed., Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 641. “Pourtant, à la suite de modifications dans la rédaction initiale des textes issus des décrets du 9 septembre 1971 et du 20 juillet 1972, la jurisprudence a hésité sur la portée de cette obligation lorsque’est entré en vigueur le nouveau Code ; la doctrine, dans son ensemble, a protesté contre ces modifications qui réduisaient le champ d’application du principe du contradictoire. Suite à l’annulation, par le Conseil d’Etat, de l’an 16, al. 1 (et de l’an 12, al. 3), en tant qu’il dispensait le juge d’observer le contradictoire lorsqu’il relevait d’office un moyen de pur droit, un décret n° 81-500 du 12 mai 1981 donna à l’an. 16, al. 3, sa rédaction actuelle : le juge « 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 » ; cela signifie que, dès lors que le juge décide d’appliquer une règle de droit autre que celle invoquée par les parties, il doit respecter le contradictoire en sollicitant les observations des parties”.

²⁴ SERGE GUINCHARD / FRÉDÉRIQUE FERRAND / CÉCILE CHAINAIS, *Procédure civile - Droit interne e droit communautaire*, 29.^e ed., Éditions Dalloz Paris, 2008, p. 638: “Le principe du contradictoire est un élément fondamental de la loyauté de l’instance qui s’impose non seulement aux parties, mais aussi au juge et en toutes matières. (...) Les parties son ainsi protégées non seulement contre les manœuvres de l’adversaire, mais aussi contre la négligence ou la partialité du juge”. No mesmo sentido. ROGER PERROT *Institutions judiciaires*, 13.^e ed., Paris, Montchrestien, 2008, p. 461: “Le principe de la contradiction s’impose enfin au juge lui-même qui non seulement a le devoir de veiller à ce que chacune des parties soit en mesure de répondre à son adversaire, mais qui, en outre, doit soumettre à la contradiction des parties tout moyen nouveau qu’il viendrait à découvrir”.

A fixação de tal entendimento decorre da importância que a doutrina francesa dá ao princípio do contraditório, destacado como um dos mais fundamentais da sistemática processual, constituindo garantia elementar de lealdade processual, sem a qual a justiça, nas palavras de Roger Perrot, não seria que um simulacro.²⁵

Dai, segundo a doutrina francesa, a necessidade de o juiz observar o contraditório vale para todos os elementos ou temas que o juiz pode suscitar de ofício no processo, sejam eles de fato ou de direito, relativos à matéria procedimental ou ao mérito, de puro direito ou temas “misturados”, de fato e de direito,²⁶ ou envolvendo a requalificação jurídica de atos e fatos litigiosos.²⁷ Noutras palavras, se veda ao juiz fundar sua decisão em quaisquer temas, inclusive de puro direito, que ele, juiz, levantou de ofício, sem ter previamente submetido ao contraditório entre as partes.²⁸

Com isso, no momento da decisão, se o juiz, de ofício, entender aplicável ao caso determinada tese jurídica ou nova qualificação jurídica dos fatos, que não foi objeto do prévio debate entre as partes, deve reabrir o debate e permitir manifestação prévia das partes antes de decidir,²⁹ como manifestação do prin-

²⁵ ROGER PERROT, *Institutions judiciaires*, 13.^o ed., Paris, Montchrestien, 2008, p. 460: “Ce principe est peut-être l’un des plus fondamentaux de tous. Il est une garantie élémentaire de loyauté sans laquelle la justice ne serait qu’un simulacre”.

²⁶ SERGE GUINCHARD / FRÉDÉRIQUE FERRAND / CÉCILE CHAINAIS, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, 29.^o ed., Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 641, destaca que a necessidade de respeito, pelo juiz, quando releva temas de ofício vale “pour tous les éléments que le juge est amené à prendre en considération en fait et en droit, qu’il s’agisse de moyens de procédure ou de fond, seraient-ils de pur droit ou mélangés de fait et de droit”.

²⁷ SERGE GUINCHARD / FRÉDÉRIQUE FERRAND / CÉCILE CHAINAIS, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, 29.^o ed., Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 642: “L’obligation vaut enfin lorsque le juge requalifie les actes et faits litigieux, au moins lorsque la prise en considération des faits non spécialement invoqués s’accompagne du relevé d’office d’un moyen de droit”.

²⁸ LOIC CADIET / EMMANUEL JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5.^o ed., LexisNexis, Paris, 2006, p. 327. “D’autre part, il est fait interdiction au juge de fonder sa décision sur des moyens de droit qu’il aurait relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Peu importe que le moyen soit de fond, de procédure ou d’irrecevabilité; peu importe qu’il soit d’intérêt privé ou d’ordre public”.

²⁹ ROGER PERROT, *Institutions judiciaires*, 13.^o ed., Paris, Montchrestien, 2008, pp. 463-464: “Enfin, si le juge se propose de relever d’office un moyen de droit, - si par exemple, il entend faire état d’un texte que les parties n’ont pas pensé à invoquer -, il doit d’abord soumettre ce moyen à la contradiction des parties en les invitant à faire connaître leurs observations. On ne veut pas que le juge puisse rendre une décision fondée sur des moyens de droit dont les parties n’auraient pas eu connaissance et n’auraient pas été à même de contredire. Cette ultime conséquence du principe de la contra-

cípio da lealdade processual e integrante do direito das partes a um processo justo.³⁰

Passando para a Itália, a doutrina destaca que já nas décadas de 60/70 do século passado, na esteira de debate ocorrido na Alemanha e na França, o tema da vedação da prolação de decisões judiciais fundadas em questões levantadas de ofício pelo juiz, quando da decisão final, e por isto tidas como questões subtraídas ao contraditório prévio entre as partes, começou a ser defendida por parte da doutrina, em contraste com entendimento anterior, no sentido de que seria mera faculdade do juiz indicar previamente para debate das partes as questões que poderia suscitar de ofício.³¹

Posteriormente, a partir da década de 90, começou a prevalecer, na doutrina, o entendimento de que o exercício dos poderes judiciais, para suscitar questões de ofício, deve ser submetido ao prévio contraditório das partes, não podendo ser considerado uma simples faculdade judicial, sob pena de nulidade da decisão pronunciada com base no ponto levantado de ofício pelo juiz, sem submissão ao prévio contraditório entre as partes.³²

diction est aujourd'hui formellement consacrée devant les juridictions du contentieux privé, dans l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, et devant les juridictions administratives, par l'article R. 611-7 C. just adm."

³⁰ LOIC CADIET / EMMANUEL JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5.^e ed., LexisNexis, Paris, 2006, pp. 327-328: "En pratique, le respect par le juge du contradictoire consistera à inviter les parties à conclure sur le moyen qu'il entend soulever, à provoquer leurs explications verbales lors des débats, voire à révoquer l'ordonnance de clôture en ordonnant, le cas échéant, la réouverture des débats. Si ce moyen lui apparaît en cours de délibéré, il pourra – et devra – ou bien demander aux parties leurs explications sous forme de note en délibéré, ou bien ordonner carrément la réouverture des débats. Cette obligation faite au juge est aussi une exigence de loyauté processuelle et un élément du droit au procès équitable".

³¹ LUIGI PAOLO COMOLIO, *Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio*: "Come è stato analiticamente prospettato, negli anni '60-'70 anche da noi, sulla scia delle tendenze manifestatesi nella scienza processuale tedesca, il problema delle sentenze od. «a sorpresa» venne affrontato con estrema determinazione. Sul presupposto, ampiamente condiviso, di un «giusto processo» già delineato adeguatamente, ad instar del processo «equo» di origine europea, dalle garanzie (individuali e strutturali) della Costituzione repubblicana del 1948, venne a delinearsi anzitutto, in quegli anni, una tesi di stampo «garantista», volta a dare corpo, anche nel nostro sistema, ad un divieto inderogabile di pronunzie giurisdizionali fondate su questioni rilevate per la prima volta dal giudice nel momento della decisione e, perciò, sottratte al preventivo contraddittorio delle parti interessate" in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabile-d-ufficio-e-contraddittorio_%28I-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acceso em 28.12.2017). Na sequência, o mesmo autor apresenta as variações e nuances dos diversos entendimentos doutrinários que gravitaram em torno da questão.

³² CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 58-59, indicando que a maioria da doutrina, com al-

A jurisprudência italiana, a seu turno, se manteve, por décadas, assentada sob o entendimento tradicional, na linha de que não haveria nulidade ou vício na decisão tomada pelo juiz com base em questões levantadas de ofício, sem o prévio contraditório entre as partes, já que suscitar ou não o prévio contraditório se enquadrava como mera faculdade judicial.³³ não obstante as relevantes críticas levantadas pela doutrina contra tal entendimento jurisprudencial.³⁴

O *revirement* na jurisprudência ocorreu em 2001, com destacado precedente da Corte de Cassação (n.º 14637, de 21.11.2001),³⁵ que declarou a nulidade de sen-

guns contrastes e algumas distinções, era favorável ao reconhecimento da nulidade da sentença “a surpresa”. Cf. também FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1183. “Di diverso avviso era invece la prevalente dottrina la quale, soprattutto a partire delle riforme degli anni ‘90, ha inteso l’esercizio del potere di cui trattasi come attività doverosa per il giudice, ritenendo dunque viziata da nullità la sentenza pronunciata sulla base di una questione non previamente discussa”.

³³ LUIGI PAOLO COMOGLIO, Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio: “Per quanto concerne, poi, l’atteggiamento della giurisprudenza, occorre dire che, per decenni, si manifestò e si rafforzò la tesi contraria a qualsiasi ipotesi di «nullità» di una sentenza, la quale avesse per la prima volta rilevato e deciso, senza alcun preventivo contraddittorio di parte nel corso della trattazione, taluna delle questioni rilevabili d’ufficio (o, se si preferisce, taluna delle cd. «eccezioni improprie»). Si sottolineava, in particolare, la natura del tutto discrezionale del potere di «indicare» siffatte questioni, attribuito al giudice dall’art. 183, co. 2 (ora co. 4), c.p.c., e quindi si reputava, in proposito, manifestamente infondato qualsiasi dubbio di incostituzionalità” in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acceso em 28.12.2017). Também MARCO GRADI Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 828-829. “Prima di tale recentissima riforma, e fino al *revirement* del 2001 di cui subito diremo, la Cassazione civile era invece contraria ad ammettere la nullità della sentenza «a sorpresa», ritenendo irrelevante, ai fini della ritualità della decisione, la mancata attivazione del contraddittorio sulle questioni tardivamente rilevate d’ufficio. In particolare, argomentando dal fatto che l’art. 183, comma 2º (poi 3º ed ora 4º), c.p.c. prevedeva semplicemente una facoltà del giudice di sottoporre alla discussione le questioni rilevabili d’ufficio «delle quali ritenga opportuna la trattazione», si riteneva che lo stesso avesse una mera facoltà in tal senso, e non un obbligo come vizio in procedendo”. Cf. ainda, CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 60.

³⁴ MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 829-830.

³⁵ MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, p. 831, aponta que tal decisão da Corte de Cassação acabou por acolher os apontamentos doutrinários sobre o tema e tem sido justamente definida como uma “decisão revolucionária”. Cf. ainda CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 60, que destacam, porém, que o reconhecimento explícito da nulidade da sentença “a surpresa” só

tença fundada em questão levantada de ofício pelo juiz e não previamente submetida ao contraditório entre as partes, por entender a Corte que o princípio do contraditório constitui expressão do dever de colaboração entre as partes e o juiz, especialmente na definição da “matéria” do julgamento.³⁶

Em seguida, surgiram precedentes da Corte de Cassação no mesmo sentido do julgamento de 2001, sem perder de vista, como aponta a doutrina italiana, que também foi proferido julgamento em sentido contrário, em 2005, da mesma Corte de Cassação, não reconhecendo a nulidade de sentença proferida com base em questão levantada de ofício pelo juiz, sem prévia submissão ao contraditório entre as partes.³⁷

O contraste jurisprudencial reabriu os debates doutrinários sobre o tema, o que acabou por desaguar na reforma do Código de Processo Civil italiano, doravante CPC italiano, em 2009, por meio da lei n.º 69, que veio a reconhecer expressamente a nulidade das decisões de “terceira via” ou decisões “de surpresa”, proferidas com base em questão levantada de ofício pelo juiz, sem submissão prévia ao contraditório entre as partes, com o acréscimo do n.º 2 ao artigo 101 do CPC

surge em 2005, nos julgados 16577 e 21108, depois reiterado em 2008 no julgado 15194: “Il riconoscimento esplicito della nullità delle sentenze «a sorpresa» avviene ad opera di C 5.8.05 n. 16577 e C 31.10.05 n. 21108, le quali – sulla scorta delle medesime argomentazioni svolte da C 21.11.01 n. 14637 – espressamente sanciscono che «è nulla la sentenza che si fonda su una questione rilevata d’ufficio e non sottoposta dal giudice al contraddittorio delle parti». La nuova posizione della giurisprudenza di legittimità ha trovato poi di recente adesione anche da parte di C 9.6.08 n. 15194”. O precedente de 2001 da Corte de Cassação italiana é citado por HUMBERTO THEODORO JUNIOR / DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, 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*, vol. 168, fev./2009, pp. 107-141: “O debate da referida questão na Itália já chegou às mais altas Cortes, como no reverenciado precedente da Corte de Cassação, 14.637, de 21.11.2001, em que se decidiu que «é nula a sentença que se funda sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes» (tradução livre)”.

³⁶ FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1134: “Nel 2001 si verificò la (prima) svolta: con un importante revirement, la Cassazione dichiarò la nullità della sentenza fondata su di una questione rilevata d’ufficio non previamente sottoposta all’esame delle parti: la Corte (...) ha in particolare sostenuto che il principio del contraddittorio costituisce espressione del dovere di collaborazione fra parti e giudice nella formazione della «materia» del giudizio”.

³⁷ MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, p. 831. Cf. ainda CLAUDIO CONSOLÒ / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 60-61, que indica tal precedente da Corte de Cassação, de 2005, n. 15705, constitui “voz isolada”.

italiano,³⁸ de modo que se tem, na reforma de 2009, como ponto de destaque ou relevo, a passagem da mera enunciação do dever do juiz de provocar o contraditório entre as partes, quanto às questões levantadas de ofício, para a tutela mais efetiva do contraditório, com a previsão de nulidade da sentença que traz questões de ofício sem ativar o prévio contraditório entre as partes.³⁹

Afastou-se, assim, o antigo argumento usado para invocar a não incidência do contraditório em relação às questões levantadas pelo juiz de ofício, qual seja o da “autorresponsabilidade” das partes, do qual se extraía que o silêncio das partes em relação a tais questões, de conhecimento geral, traduziria uma espécie de opção da defesa⁴⁰ ou negligência das partes.⁴¹

³⁸ MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 832-833. Também LAURA SALVANESCHI, Doveri di collaborazione e contumacia, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXIX, n.º 3, maggio-giugno 2014, p. 571: “È noto che l’art. 101, comma 2º, c.p.c. costituisce il punto di arrivo di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dai toni anche sentimentamente accesi, circa la sorte della c.d. decisione della terza via”. No mesmo sentido, cf. FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1185. De registtar, porém, que CLAUDIO CONSOLÒ / FEDERICA GIOIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 56-57, anotam que a tentativa de codificar a nulidade da sentença fundada em questões levantadas de ofício pelo juiz sem a prévia submissão ao contraditório remonta aos anos 80, mas o reconhecimento da nulidade pelo direito positivo só veio a ocorrer em 2009. LUIGI PAOLO COMOGGIO, Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio, acrescenta, ainda, que em 2010 a mesma proibição de decisões “a sorpresa” ou “della terza via” também foi positivada no código de processo administrativo (c.p.a.) por meio do d. lgs. 104, de 02.07.2010 in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017).

³⁹ CLAUDIO CONSOLÒ / FEDERICA GIOIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 55. “Tra le innovazioni apportate dalla riforma del 2009 al Libro I del c.p.c. particolare importanza riveste il nuovo c. 2 dell’art. 101 c.p.c., che sancisce il passaggio dalla (mera) enunciazione del dovere del giudice di provocare, durante la trattazione della causa, il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevate d’ufficio (art. 183, c. 4, c.p.c.), alla sua effettiva tutela attraverso la previsione di meccanismi di attivazione (seppur tardiva, ossia giunta la causa in sede decisoria) a cui presidio è posta la sanzione della nullità della sentenza resa in sua violazione”. Também FRANCESCO PAOLO LUISO, Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio, destaca o relevo da alteração do artigo 101 do CPC italiano: “Fra le disomogenee novità contenute nella L. 69/2009, assume a mio avviso un rilievo sistematico particolarmente importante l’art. 101, secondo comma, c.p.c., che rende esplicita e generale – anche in virtù della sua collocazione nel primo libro del codice – la regola che impone al giudice di attuare il contraddittorio sulle questioni da lui rilevate di ufficio e poste a fondamento della decisione” in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luiso,%20terza%20via.pdf> (acesso em 28.12.2017).

⁴⁰ DINO BUONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, p. 401. No mesmo

Digno de nota, ainda, segundo a doutrina italiana, que a nova norma foi inserida na parte geral do CPC italiano, a fim de não deixar dúvida sobre o seu amplo alcance: aplica-se a todos os casos e durante todo o curso do procedimento, inclusive no juízo de apelação e no juízo de cassação.⁴²

A partir da nova previsão do artigo 101, n.º 2, pela lei n.º 69 de 2009, a doutrina italiana vem debatendo amplamente o tema da nulidade da sentença por violação ao contraditório,⁴³ debate este que merece ser reproduzido, ainda que resumidamente, já que estas discussões podem auxiliar no equacionamento da interpretação

sentido FRANCESCO PAOLO LUIO, Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio. “La introduzione generalizzata del principio in esame, come anticipato, merita di essere apprezzata positivamente. In senso contrario, si è affermato che tutto ciò che potenzialmente appartiene al processo – e le questioni rilevabili di ufficio indubbiamente hanno questa caratteristica – non avrebbe necessità di essere sottoposto al contraddittorio. Se le parti non si sono avvedute della questione rilevabile di ufficio, peggio per loro: si dovrebbe applicare il principio di autoreponsabilità. Ma una tale opinione si pone in contrasto con principi generalmente accettati, ed è anche di difficile, se non di impossibile attuazione concreta” in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luiso.%20terza%20via.pdf> (accesso em 28.12.2017).

⁴² MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, p. 833: “Non pare quindi più possibile continuare a predicare la validità della sentenza resa in violazione del contraddittorio, sostenendo che non vi sarebbe alcuna tangibile «sorpresa» in quanto la questione rilevabile d’ufficio apparterebbe già al materiale di causa, ovvero opinando che il mancato esercizio dei poteri processuali deriverebbe da una negligenza del difensore incapace di prevedere ex ante il successivo sviluppo della controversia”.

⁴³ DINO BUONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, p. 399. Também LAURA SALVANESCHI, Dovere di collaborazione e contumacia, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIX, n. 3, maggio-giugno 2014, p. 573. LUIGI PAOLO COSMOGLIO, Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio, destaca que “in secondo luogo, data la sua collocazione sistematica nel libro I del codice, il nuovo precetto, pur se formalmente riferito alla fase decisoria, è espressione di un principio generale, la cui rilevanza garantistica lo impone quale canone primario di interpretazione «costituzionalmente orientata» di qualsiasi altra disposizione correlata, invocabile nel corso del giudizio” e a seguir completa o mesmo doutrinador que “la nuova norma, nella misura in cui enuncia una regola generale per la fase decisoria, non può non riverberarsi anche sull’interpretazione delle altre norme che disciplinano l’assetto dei poteri spettanti alle parti ed al giudice nel corso dell’intero procedimento” in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (accesso em 28.12.2017).

⁴⁴ FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, pp. 1185-1186, destaca, em recente trabalho, que a aplicação do novo artigo 101, n.º 2, introduzido no CPC italiano pela lei n.º 69, tem gerado perplexidades e posições contrárias na doutrina e jurisprudência

do artigo 10 do CPC/2015, que, como visto, introduziu no direito positivo brasileiro o dever judicial de submeter ao prévio contraditório entre as partes os temas que ele, juiz, de ofício, entender relevantes para a solução do caso.

Inicialmente, é importante destacar entendimento doutrinário de que a razão de ser da introdução do n.º 2 ao artigo 101, do CPC italiano, pela lei n.º 69 de 2009, não é só reforçar a garantia do contraditório, mas também provocar maior “engajamento” do órgão judicial no exame da causa, o que pode levar, no final das contas, a uma definição mais célere da lide,⁴⁴ pois a reforma atacou o que ocorria na prática: comumente o juiz só examinava o processo ao final, no momento de proferir a decisão, quando então surgia a perspectiva de se levantar na decisão questões de ofício, que não foram submetidas ao prévio debate das partes.⁴⁵

Buscou-se, assim, com a previsão expressa de nulidade das sentenças que usam na decisão da causa questões levantadas de ofício pelo próprio juiz, no momento da decisão, sem submeter estas mesmas questões ao prévio contraditório entre as partes, instaurar uma prática judicial virtuosa, a fim de que os juízes examinem a causa desde o início, para, desde já, encaminhar temas vislumbrados de ofício ao prévio debate das partes, o que pode antecipar o momento da decisão.⁴⁶

Cabe precisar, ainda, que toda a discussão se coloca dentro dos limites das questões de temas que o juiz tem o poder de suscitar de ofício, encontrando-se fora do campo de debate, a respeito do artigo 101, n.º 2, do CPC italiano, tanto os temas

⁴⁴ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 58: “Il nuovo c. 2 servirà così anche da ‘specchietto tormalina’ del grado di preparazione del giudice, ed incentiverà un immediato ed accurato esame della controversia, si da sottoporre alle parti le ulteriori questioni di cui risulta opportuna la trattazione nelle sede a ciò deputata, ossia nel corso della prima udienza di trattazione (artt. 183 e 350 c.p.c.). Se correttamente interpretato, il c. 2 porterà allora addirittura ad una più celere definizione della lite”.

⁴⁵ DINO BIONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, pp. 400-401: “Il legislatore ha fotografato ciò che accade nella prassi: il giudice studia il fascicolo di causa e le risultanze processuali in particolare quando deve emettere la sentenza ed è soltanto allora che si rende conto della presenza di una questione, rimasta silente, su cui le parti non hanno discusso nei loro atti. Adesso, però, prima di decidere è obbligato a sollecitare le parti a presentare «osservazioni» sulla questione rilevata d’ufficio, a pena di nullità della sentenza”.

⁴⁶ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsos-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 58: “Se si anticipa lo studio si può insomma (se quello studio non lo si vorrà ripetere due volte a distanza di anni) anche anticipare non poco il momento da decisione. Possono emergere così, in forza del nuovo c. 2 dell’art. 101 c.p.c., prassi virtuosi e più celeri”.

ou questões que o juiz só pode conhecer quando apresentadas pelas partes (se não apresentadas pelas partes estão fora de possibilidade da cognição judicial), como também a vedação de o juiz utilizar seu conhecimento privado para julgar a causa.⁴⁷

O “nó” da questão, entretanto, como destacado pela doutrina,⁴⁸ é apurar quando se tem a efetiva nulidade da decisão de *terza via* ou *a sorpresa*, tema que tem gerado certa perplexidade e muita discussão na doutrina e jurisprudência. Nesse contexto, a doutrina italiana tem produzido algumas distinções, no que diz respeito ao levantamento pelo juiz, na decisão final, sem observância do contraditório, de questões que podem ser suscitadas de ofício, considerando a tipologia questões de direito ou questões de fato ou questões “mistas” (de fato e de direito), distinções estas que alguns doutrinadores têm considerado como o *fil rouge* para a solução do problema interpretativo.⁴⁹

O debate em torno de eventual diferenciação de tratamento, em relação à aplicação do dever judicial de suscitar o debate prévio entre as partes, para os temas ou questões que suscitar de ofício, entre questão de direito, de fato ou mista, se apresenta especialmente no âmbito da incidência do entendimento sintetizado no brocardo *iuria novit curia*, que autorizaria o juiz a proceder à qualificação jurídica dos fatos

⁴⁷ Precisa a lição de FRANCESCO PAOLO LUISO, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, 4.ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 32: “Il principio del contraddittorio deve, dunque, trovare applicazione alle iniziative officiose del giudice. Per le questioni rilevabili non di ufficio, ma solo ad iniziativa della parte, il problema non si pone, perché delle due l’una: o una delle parti ha rilevato la questione, e allora la controparte ne viene a conoscenza e può replicare; o la parte non ha rilevato la questione, e allora il giudice non può porla a fondamento della sua decisione”. Cf. também FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1186: “Naturalmente – è appena il caso di precisarlo – il giudice non potrà travalicare i limiti, primi fra tutti il principio dispositivo e il divieto di scienza privata, che informano il processo e spingersi sino al punto di ricercare e individuare elementi non allegati dalle parti: il materiale di causa rappresenta invero il substrato dal quale estrarre tutte le eventuali informazioni non debitamente considerate dai litiganti”.

⁴⁸ MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 833 e 835.

⁴⁹ FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1185 destaca a perplexidade na doutrina e jurisprudência e na p. 1186, indica, por exemplo, que sua análise do tema “sarà orientata (per quanto possibile) dal *fil rouge* rappresentato dalla distinzione fra questione (rilevata *ex officio*) di fatto e di diritto la quale, a parere di chi scrive, può contribuire a definire in maniera più agevole i confini del nuovo potere-dovere giudiziale così come i caratteri delle attività che in concreto si rendono necessarie”.

independentemente daquela conferida pelas partes no processo, indicando-se, basicamente, a formação de três correntes:⁵⁰

i) a que tende a aplicar a exigência do contraditório prévio para as questões de fato suscitadas pelo juiz (envolvendo os fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito) e também para as questões processuais que acarretem a extinção do processo sem julgamento de mérito, excluindo, entretanto, a alteração judicial quanto à qualificação jurídica dos fatos promovida pelas partes;

ii) outra, que entende que a exigência do contraditório prévio se aplicaria não só para as questões processuais e de fato, mas também para alteração da qualificação jurídica dos fatos promovida pelo juiz, quando tal alteração importe no reexame dos fatos da causa;

iii) e por fim, uma mais ampliativa que entende que qualquer questão levantada de ofício pelo juiz, seja de fato, mista (de fato e direito) ou apenas de direito, deve ser submetida ao prévio contraditório entre as partes, já que a exigência da observância da garantia do contraditório não pode ser só formal, mas substancial, razão pela qual o contraditório e o princípio *iuria novit curia* não podem ser colocados em planos contrapostos ou alternativos, mas devem se comunicar em uma “inter-relação sinérgica”. Assim, todos os temas que o juiz pode levantar de ofício – de natureza processual (em que a lei processual muitas vezes confere ao juiz poder para atuar de ofício) ou de direito material – estão abarcados pela exigência de submissão ao contraditório prévio entre as partes.⁵¹

Como se pode perceber, conforme a interpretação que se dê para “questões levantadas de ofício” pelo juiz, pode-se conferir uma amplitude maior ou menor para a incidência do contraditório,⁵² razão pela qual a última corrente parece traduzir a interpretação que, segundo parte da doutrina italiana, mais se adequa ao teor do

⁵⁰ FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, pp. 1186-1188.

⁵¹ AUGUSTO CHIZZINI, Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell’art. 101 c.p.c., *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 48: “Il riferimento normativo alla questione rilevata d’ufficio dovrà essere inteso coinvolgere, come coerenza e logica impongono, non solo le questioni in prevalenza di rito per le quali la legge processuale riconosce in modo esplicito al giudice un potere di rilievo d’ufficio, quanto tutte le questioni di merito (sebbene non solo) in cui il giudice utilizza quel potere di qualificazione della fattispecie che la legge e l’interpretazione consolidata gli riconoscono – solitamente riassunto nel principio *iuria novit curia* – e di conseguenza pone a fondamento della propria decisione una lettura divergente rispetto a quelle contrapposte emerse dal contraddittorio”.

⁵² DINO BLONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, pp. 404.

artigo 101, n.º 2, CPC italiano, já que assegura maior efetividade ao contraditório em todos os cenários que envolvem tanto a aplicação de normas de direito processual como de direito material, levantadas de ofício pelo juiz: se se tratar de questão de fato ou mista (fato-direito), vai permitir o prévio debate das partes para, se for o caso, desenvolver novos argumentos de fato e até para realizar a produção de novas provas; e se se tratar de questões puramente de direito, permite-se o debate das partes em torno do desenvolvimento de argumentos jurídicos a respeito do tema indicado judicialmente, a fim de instruir melhor a decisão judicial, aportando nuances jurídicas ou jurisprudenciais que podem contribuir para a decisão.³³

Em suma, em quaisquer casos em que o juiz possa trazer questões de ofício, de qualquer natureza (fato, fato-direito ou só de direito), de direito processual ou material, capazes de influenciar na decisão final, é necessário submetê-las ao prévio contraditório entre as partes.³⁴

Assim, a exigência de prévia observância do contraditório entre as partes vai abarcar também a atividade do juiz, baseada no princípio do *iura novit curia*,³⁵ de dar

³³ FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni "a sorpresa": questioni di fatto e questioni di diritto *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, p. 1189. "La stessa tesi sembra altresì postulare che, mentre per le questioni di fatto o miste le parti potrebbero avere interesse a svolgere una serie di repliche «in fatto», ciò non varrebbe per quelle di puro diritto, per le quali sussisterebbe un «mure di conoscibilità» e sarebbe in ogni caso più che sufficiente, ai fini del loro trattamento, la valutazione solipsistica giudiziale: a nostro avviso, tuttavia, in quest'ultimo caso non potrà negarsi sempre e comunque rilevanza all'apporto individuale delle parti, le quali ben potrebbero sottoporre all'attenzione del giudice, ad es., una differente rilettura degli elementi dallo stesso utilizzati nell'opera di sussunzione ovvero un ulteriore indirizzo giurisprudenziale e/o dottrinale in grado, se condiviso, di condurre ad un diverso esito della decisione sulla questione". Cf. também MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via", *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, p. 837.

³⁴ MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 837-838: "Non sembra infatti che necessiti di particolare dimostrazione il fatto che qualsiasi rilievo del giudice idoneo ad influenzare la decisione finale può comportare, indipendentemente dalla natura della questione rilevata, l'esigenza delle parti di contraddire al riguardo". No mesmo sentido LUGI PAOLO COMOGGIO, Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio, destaca que "si qualificano inderogabilmente come poteri-doveri le attività officiose, con le quali il giudice «rileva» e previamente «indica» alle parti, facendone oggetto del loro susseguente contraddittorio, qualsiasi «questione» rilevabile d'ufficio (di fatto o di diritto), che sia dotata ex se di piena rilevanza decisoria (e sia, quindi, di per sé «decisiva»), richiedendo come tale il contributo argomentativo (ed eventualmente l'apporto probatorio) delle parti medesime" in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%2811-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017).

³⁵ CESARE CAVALLINI, *iura novit curia (civil law e common law)*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXII, n.º 3, maggio-giugno 2017, p. 759, em interessante estudo comparado sobre a aplicação do

nova qualificação jurídica aos fatos debatidos no processo,⁵⁶ pois a garantia do contraditório vai incidir sobre o tempo e o modo de exercício de tal perspectiva pelo juiz, já que este não pode aplicar normas jurídicas fora do debate havido entre as partes.⁵⁷ Até porque, como destaca a doutrina italiana, com tal entendimento não se reduz ou diminui o alcance ou a validade dos poderes do juiz baseados no brocardo *iuria novit curia*,⁵⁸ mas simplesmente se predispõe a regra de que o juiz, ao exercitar os poderes de aplicar, de ofício, o direito ou a norma jurídica ao caso concreto, em ponto que não foi objeto do debate entre partes, deve submeter, previamente, o tema ao contraditório entre as partes,⁵⁹ pois, do contrário, como aponta

principio *iuria novit curia* nos sistemas de *common law* e *civil law*, observa que "*iuria novit curia* é, per l'appunto, un «principio», ma, prim'ancora, un «brocardo», elevatosi a regola nel corso dei secoli contestualmente alla massima *da mihi factum, dabo tibi ius*. L'aspetto secolare del principio contenuto nei rispettivi e complementari brocardi sta a significare solo che «il giudice conosce le norme», così risolvendo il problema della fonte di tale conoscenza, e non solo che al giudice spetta la «qualificazione giurica del fatto», anche diversamente da quella prospettata dalle parti; ma vuole innanzi tutto palesare la valenza storica e immutabile del primato della giurisdizione nella composizione della lite tra i *cives*, «a valle» della stessa legislazione".

⁵⁶ CLAUDIO CONSOLÒ / FEDERICA GOBIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsua-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 63-64.

⁵⁷ LUIGI MONTESANO, La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via", *Rivista di Diritto Processuale*, anno LV, n.º 4, ottobre-dicembre 2000, p. 931: "La garanzia in discorso [garanzia costituzional do contraditório] incide tuttavia fortemente sui modi e sui tempi dell'esercizio di quel potere-dovere [poder-dever do juiz, de ofício, individualar a norma aplicável à causa, *iuria novit curia*] e dovrebbe condurre, si spera, la giurisprudenza a mutare la linea – da essa costantemente seguita, nonostante non poche critiche dottrinali – di totale libertà di applicare norme giuridiche in tutto stranee al dibattito tra le parti, anche con improvviso rovesciamento, solo all'atto della conclusiva sentenza di merito, di quelle che sono state le impostazioni della causa in diritto per tutto il corso del giudizio".

⁵⁸ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, pp. 51-52: "L'opzione normativa per la quale tutte le questioni di merito e di rito rilevate d'ufficio dal giudice e utilizzate in sede decisoria devono passare per il vaglio del contraddittorio, a pena di nullità, non contrasta in alcun modo con la riconosciuta regola *iuria novit curia*".

⁵⁹ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 52: "il riconoscere quel potere d'individuare la norma concreta applicabile alla fattispecie dedotta, ossia di determinare il diritto oggettivo il quale il giudice informa la propria decisione, non è in alcun modo limitato e tanto meno contraddetto da quanto previsto dall'art. 101 2º comma, c.p.c.: non si definisce – si badi bene – alcun limite ulteriore al potere del giudice di rilevare una determinata questione, quanto s'impone un preciso ordinamento procedimentale, al fine di assicurare nel concreto una idonea tutela alle parti, sulla base della convinzione che solo dall'esplicitarsi di un pieno contraddittorio può giungersi ad una decisione giusta. (...) Questi cardini non vergono inerinati, imponendosi solo che l'esercizio del dovere decisurio si realizzi per il tramite di una certa sequela formale, a garanzia di un procedimento che, nella piena dialettica tra le parti e il giudice, può

Augusto Chizzini, o contraditório pode acabar se tornando apenas uma “incorpórea sombra”.⁶⁰

Nesse sentido, já se destacou em doutrina que o princípio *iura novit curia* legitima o juiz a buscar o correto enquadramento jurídico do direito substancial deduzido em juízo, mas nem por isso este mesmo princípio autorizaria o juiz a surpreender as partes na decisão final, com alteração do cenário jurídico exposto e debatido no processo⁶¹ e dá-se como exemplo exatamente a alteração da qualificação jurídica dos fatos envolvendo responsabilidade civil contratual ou extracontratual.⁶²

consentire di pronunciare una sentenza giusta”. CESARE CAVALLINI, *iura novit curia* (civil law e common law), *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXII, n.º 3, maggio-giugno 2017, pp. 763-764, destaca que do conhecido debate na doutrina e jurisprudência italiana a respeito dos confins entre o princípio *iura novit curia* e do vício de decisão *extra petita*, se extrai que o efetivo alcance de ambos os princípios, centrado exatamente na necessidade de o juiz garantir o efetivo contraditório prévio quando pretender realizar nova qualificação jurídica dos fatos: “Il cui ruolo non è da vedersi come attivo o passivo, ma semmai come garante del principio del contraddittorio preventivo all’esercizio del suo potere di riqualificazione giuridica dei fatti introdotti nel processo”. E, a seguir, na nota 25 completa: “Il rispetto del previo contraddittorio a seguito della rinnovata qualificazione giuridica dei fatti allegati dalle parti, costituisce, non da ora, un risultato sicuro cui è approdata l’interpretazione (e, come in Italia e Francia, la stessa normativa) in merito alla valenza applicativa del principio in esame”.

⁶⁰ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell’art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 54: “Può dirsi, allora, che tale elementare tutela deve ritenersi momento imprescindibile di quella struttura a contraddittorio accentuato che è per sua natura stessa coesistente al processo civile e impedisce che il contraddittorio sia ridotto ad ‘una vana ombra’”.

⁶¹ DINO BUONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, p. 409. “D’altra parte, il principio *iura novit curia* legittima il giudice a ricercare la corretta impostazione giuridica della situazione sostanziale dedotta in giudizio, ma non per questo lo autorizza a sorprendere le parti in sede di decisione. La sorpresa, che viola il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, si ha tenendo conto della proiezione dinamica della questione di diritto, cioè quando la norma di diritto evidenziata dal giudice e posta in rapporto con l’effetto giuridico richiesto fa entrare il contenzioso in un campo di indagine non arato, rimasto fuori dello staccato entro il quale si è svolto il dibattimento”. Alíás, também CESARE CAVALLINI, *iura novit curia* (civil law e common law), *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXII, n.º 3, maggio-giugno 2017, pp. 764-765, destaca que a evolução do princípio do *iura novit curia* na Itália, França e Alemanha deságuou na limitação da vedação de decisões “a surpresa”, quando o juiz exerce as perspectivas decorrentes do *iura novit curia*: “Ed anzi, alla stregua dell’evoluzione del principio sia in Francia che in Italia, il quadro appare del tutto in linea con il sistema processuale tedesco, nel quale «vive» a titolo originario, starci per dire, il principio *iura novit curia* e, tutt’al più, di questo, è stata circoscritta e limitata l’applicazione (solo) con riferimento al diritto delle parti a non subire una decisione «a sorpresa» dall’improvvisa riqualificazione del fatto da parte del giudice nella sentenza, anche a norma del par. 139 ZPO (e del par. 103 della Legge Fondamentale)”.

⁶² DINO BUONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, p. 409. “Ad es., in un contenzioso in tema di risarcimento danni si ha nuova questione di diritto da sottoporre al contrad-

De mais a mais, como muito bem destacado pela doutrina italiana, é difícil saber, *a priori*, se a questão suscitada de ofício pelo juiz será apenas jurídica, ou de fato e de direito, ou puramente de fato, antes de se abrir o contraditório prévio entre as partes.⁶³

A diferenciação entre questão de direito, de fato ou de fato-direito vai interferir, ainda, com a forma de se aplicar o contraditório prévio entre as partes considerando o ponto levantado de ofício pelo juiz: no caso das questões puramente jurídicas, será suficiente indicar a questão para as partes, a fim de que estas apresentem suas alegações sobre o ponto jurídico; todavia, quando a questão envolve especialmente temas fáticos será preciso permitir às partes, se for o caso, a produção de provas, com a reabertura da instrução.⁶⁴

ditorno delle parti in caso di qualificazione dell'azione di responsabilità come contrattuale o extracontrattuale, diversamente da come le parti avevano impostato i loro mezzi di attacco e di difesa" No mesmo sentido MARCO GRADI, Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via", *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, p. 838: "Si fatte esigenze sorgono, inoltre, nel caso in cui il giudice, sulla base del principio *jura novit curia*, decida di applicare alla fattispecie una norma giuridica diversa da quella invocata delle parti e sulla quale si è incentrato il dibattito processuale, come può accadere nel caso in cui si muti il titolo della responsabilità da contrattuale a extracontrattuale, o viceversa, con le ovvie conseguenze in tema di onere della prova, prescrizione del diritto e di disciplina applicabile, oppure quando si intenda modificare, rispetto all'opinione delle parti, la natura del contratto oggetto del processo, finendo per applicare disposizioni diverse con risultati ed esiti, pur in astratto prevedibili, in concreto non previsti dalle parti".

⁶³ FRANCESCO PAOLO LUISSO, Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio: "Sulla base di questa schematizzazione, si suole distinguere questioni di diritto, questioni di fatto, e questioni miste (di fatto e di diritto); e si circoscrive talvolta il dovere del giudice di sollecitare il contraddittorio ad alcune soltanto di tale questioni (ad es., alle questioni di fatto o miste), escludendolo per altre (ad es., le questioni di diritto). Analoga distinzione può essere effettuata anche in relazione alle questioni di rito. Ebbene, nessuno contesta la correttezza della distinzione sopra effettuata, solo che essa è meramente descrittiva, e soprattutto non consente di stabilire *ex ante* – i.e., nel momento in cui la questione è rilevata e dunque si impone al giudice il dovere di segnalare alle parti – se si tratti di questione di un tipo o di un altro. (...) Orbene, non è possibile stabilire a priori quale di queste variegate, possibili repliche alla rilevazione officiosa sarà effettuata dalla parte interessata: sicché è ben vero che si può distinguere fra questioni di diritto e di fatto, ma ciò solo *ex post*, quando cioè – segnalata dal giudice alle parti la questione rilevata di ufficio – esse replicheranno in concreto sollevando profili di fatto o di diritto. Non essendo possibile stabilire *ex ante* se alla questione rilevata di ufficio faranno seguito repliche in fatto o in diritto, il comportamento del giudice che rileva la questione deve sempre essere lo stesso: segnalare la questione alle parti ed attendere le loro osservazioni. Soltanto all'esito di queste si saprà se la questione rilevata di ufficio potrà qualificarsi di diritto (perché le parti solleveranno solo profili di interpretazione e/o applicazione della norma) oppure di fatto (perché le parti solleveranno profili attinenti all'esistenza del fatto storico rilevante o addurranno fatti impeditivi dell'effetto)" in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luiss,%20terza%20via.pdf> (acceso em 28.12.2017).

⁶⁴ DINO BUONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, pp. 410-411: "Pertanto,

Outra discussão relevante na doutrina italiana é aquela atinente à nulidade da decisão por violação, pelo juiz, do dever de observar previamente o contraditório para as questões levantadas de ofício.⁶⁵ Parte da doutrina entende que a nulidade é “extraformal”, por atingir diretamente princípio constitucional, como é o caso da garantia do contraditório,⁶⁶ e por isso se trataria de nulidade absoluta,⁶⁷

le «osservazioni», che le parti possono proporre, consistono anche nell'allegazione di nuovi fatti e di nuove richieste istruttorie, purché in rapporto dinamico con la nuova questione sollevata dal giudice. (...) Soltanto nel caso in cui si tratti di una questione di diritto, che non rende rilevanti nuovi fatti, saranno sufficienti le «osservazioni» delle parti (ad es., per una questione di rito, risultante dagli atti, quale la legittimazione ad agire, che si apprezza su quanto affermato nella domanda)”. No mesmo sentido FRANCESCO PAOLO LUISSO, Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio: “Se le osservazioni delle parti hanno ad oggetto solo questioni di diritto, il giudice potrà mantenere la causa nella fase decisoria, e deciderla tenendo conto di tali osservazioni. Se, viceversa, le osservazioni delle parti involgono profili di fatto, sarà necessario rinviare la causa in istruttoria per dare sfogo alle prove che le parti potranno richiedere” in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luiss,%20terza%20via.pdf> (acesso em 28.12.2017). Cf., ainda, LUIGI PAOLO COMOLIO, Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio: “Nel medesimo tempo, specialmente quando si tratti del rilievo di una questione di fatto rimasta sino a quel momento estranea al dibattito processuale, egli deve porre i litiganti in condizione di esercitare, al riguardo, ogni potere di allegazione, di argomentazione o di prova” in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017). Cf. também FEDERICO FERRARIS, Principio del contraddittorio e divieto di decisioni “a sorpresa”: questioni di fatto e questioni di diritto, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n.º 4-5, luglio-ottobre 2016, pp. 1192-1193.

⁶⁵ DINO BUONCRISTIANI, Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, pp. 411-412, destaca que, mesmo após a reforma de 2009, com a previsão da nulidade da sentença de “terza via” inserida no artigo 101, n.º 2, do CPC italiano, ainda restam dúvidas e debates a respeito do tema: “Tuttavia, residuano ancora alcuni dubbi: a) se si tratta di una nullità extraformale o formale; b) se, conseguentemente, é originaria (cioè automatica) o derivata (cioè soltanto se si é verificato un pregiudizio alla facoltà per le parti di modificare, integrare, precisare i propri mezzi di attacco e di difesa); c) se tale nullità rileva soltanto in caso di effettivo pregiudizio subito dalla parte all'esercizio di poteri in fatto, in diritto e/o sul piano della prova; d) se, in sede d'impugnazione, é sufficiente la mera impugnazione nel merito della decisione o, al contrario, é necessaria l'indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere se fosse stata avvertita della questione rilevata d'ufficio e posta a fondamento della decisione”.

⁶⁶ LUIGI PAOLO COMOLIO, Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio: “Inoltre, la «nullità» derivante dalla sua violazione non può non continuare a configurarsi geneticamente, per coerenza sistematica, come «non formale» (od «extraformale»), atingendo e viziando la decisione come tale, al pari di qualsiasi altra ipotesi di violazione delle regole sul contraddittorio (o di altri fondamentali principi di struttura del processo). Quindi, la testuale sanzione di «nullità», da riferirsi indubitabilmente alla sentenza, assume tutt'al più una valenza sussidiaria e rafforzativa” in http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/ (acesso em 28.12.2017). Cf. também AUGUSTO CHIZZINI, Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., *Il Giusto Processo Civile*, 2011, pp. 62-63.

podendo-se equiparar à hipótese de sentença *ultra* ou *extra petita*,⁶⁸ e nem se poderia considerar excessiva a nulidade da decisão,⁶⁹ já que a sentença de *terza via* ou *a sorpresa* impede a discussão pelas partes do tema suscitado de ofício pelo juiz, sendo suficiente arguir o vício, sem apresentar novos argumentos.⁷⁰

Assim, se apresenta interessante ponderação de que a violação do contraditório, nesses casos, gera, por si só, a nulidade, por traduzir evidente dano à esfera jurídico-processual da parte, sendo até mesmo difícil produzir a prova do efetivo prejuízo que suportou em razão da não incidência do contraditório.⁷¹ Daí a possibilidade da apresentação de apelação amparada exclusivamente na nulidade da sentença com fundamento em temas levantados de ofício pelo juiz, sem submissão prévia ao debate das partes, por violação do contraditório, não podendo

⁶⁸ LUIGI PAOLO COMOGLIO / CORRADO FERRI / MICHELE TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, 4.^a ed., Il Mulino, Bologna, 2006, p. 78: "È, dunque, da reputarsi invalida, in quanto affetta da nullità assoluta, la decisione giurisdizionale che, nel «rilevare» siffatta «questione», idonea a definire da sé sola il giudizio, ma non proposta né mai trattata in precedenza dalle parti, «pronunci» contestualmente su di essa, senza averla loro previamente «indicata», in base al principio ricavabile dall'art. 183, comma 4 (così, ad es., Cass. 21.11.2001, n. 14637; Cass. 5.8.2005, n. 16577; in senso contrario, Cass. 27.7.2005 n. 15705)".

⁶⁹ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 63: "Ne consegue, pertanto, che ben difficilmente potrà prospertarsi tale sanatoria per quei vizi che, detti appunto extraformali (tali li si voglia o meno classificare), si correlano alla mancanza dei presupposti per l'esercizio del dovere decisorio, in questo piano avvicinandosi l'ipotesi in esame a quella del vizio della sentenza per *ultra* o *extra petita*".

⁷⁰ FRANCESCO PAOLO LUIO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*. "Se il giudice omette di instaurare il contraddittorio sulla questione rilevata di ufficio, la sentenza è nulla: così espressamente l'art. 101, secondo comma, c.p.c.. Si tratta di una previsione che può apparire troppo rigida e forse anche eccessiva e tuttavia, se ne verificano la effettiva portata sistematica, essa si dimostra tutt'altro che inopportuna; anzi, la nullità della sentenza costituisce lo strumento indispensabile per il raggiungimento dello scopo che il legislatore si è prefisso" in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luiso.%20terza%20via.pdf> (accesso em 28.12.2017).

⁷¹ DINO BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno I.XV, n.º 2, marzo-aprile 2010, p. 413: "Ma, la mia legittimazione all'impugnazione prescinde dalle novità che avrei potuto ma non ho dedotto; la sentenza è nulla perché mi ha impedito di difendermi sulla questione rilevata d'ufficio; è sufficiente che, senza nulla di nuovo aggiungere, possa riaprire la discussione e cercare di far cambiare opinione al giudice".

⁷² AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 47, aponta que "non ha alcun fondamento logico (tanto meno positivo) la tesi mezzana, cara alla giurisprudenza, che vorrebbe onerare il soccombente della prova (diabolica) dell'effettivo nocimento, del dedurre la causalità del vizio processuale, come se la violazione del contraddittorio non fosse un danno in sé".

ser imposto à parte a indicação de quais atividades ou argumentos defensivos poderia ter levantado, já que a só violação ao contraditório é suficiente para nulificar a decisão.⁷²

Por outro lado, tem-se que parte da doutrina entende que o tema da nulidade da sentença de *terza via* ou *a sorpresa* deve ser analisado tendo por parâmetro as regras gerais a respeito da nulidade dos atos processuais, e, com isso, a eventual violação do contraditório não implicaria automaticamente a nulidade da decisão, cabendo à parte prejudicada demonstrar a potencial relevância dos argumentos que poderia levantar para influir na decisão da causa.⁷³

No que tange ao mecanismo de alegação da nulidade, a doutrina italiana aponta que no caso da sentença de primeiro grau viciada em razão da não observância do contraditório, em relação aos temas suscitados de ofício pelo juiz na própria decisão (artigo 101, n.º 2, CPC italiano), o tema deve ser alegado em recurso de apelação e, no caso de se reconhecer o vício, não cabe a anulação da decisão com o retorno do feito ao primeiro grau: o próprio tribunal deve reabrir o contraditório,⁷⁴ permitindo a atividade probatória se for o caso,⁷⁵ e julgar diretamente a causa.⁷⁶ Com

⁷² ALESSIO CHEZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, pp. 66-67: "È bene precisare che sarà ammissibile un appello fondato esclusivamente sulla violazione dell'art. 101, 2º comma, c.p.c., senza ulteriori censure di merito. Così, alla parte che deduce quel vizio non dovrà essere addossato alcun onere con riferimento a una presunta causalità del vizio, tantomeno le sarà imposto, in via di preliminare deliberazione, d'indicare le attività difensive che sono state compromesse dal mancato rispetto della regola processuale: la violazione del contraddittorio, in quanto tale, implica di per se stessa la nullità della sentenza, con la conseguente necessità di ricostruire il tessuto connettivo della decisione e di superare quella inaccettabile lacerazione che la priva di ogni legittimazione formale".

⁷³ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 64-65. Também MARCO GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 839-842, destaca a incidência das disposições gerais sobre nulidade processual contida nos artigos 156 a 159 do CPC italiano.

⁷⁴ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Federica, Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 66-67.

⁷⁵ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 67.

⁷⁶ MARCO GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 4, luglio-agosto 2010, pp. 846-847: "Una volta che il vizio processuale sia stato riscontrato in appello, la causa non potrà essere rimessa al primo giudice, posto che la violazione del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio non rientra nelle tassative ipotesi di remissione enucleate dagli artt. 352 e 354 c.p.c.; come si è anticipato, infatti, il giudice d'appello dopo aver consentito alle parti l'esercizio di ogni consequenziale difesa, dovrà decidere la causa nel merito".

efeito, são taxativos os casos em que a Corte de apelação italiana tem o dever de devolver o processo ao juízo de primeiro grau (artigos. 353 e 354 do CPC italiano), e, dentre estes casos taxativos, não há o da prolação de decisão de *terza via*.⁷⁷

Já no caso de violação do contraditório quando do julgamento de recurso, no juízo de apelação, a parte poderá impugnar a decisão perante a Corte de Cassação, hipótese em que, se se acolher o recurso, a Corte poderá determinar o retorno dos autos ao tribunal que julgou a apelação, para reabrir os debates (artigo 383, ns.º 1 e 3, CPC italiano), ou poderá julgar diretamente o mérito, conforme artigo 384, n.º 2, CPC italiano, quando não for necessário desenvolver atividade instrutória.⁷⁸

Todavia, quando se tratar de violação do contraditório, com a prolação de decisão “surpresa” pela própria Corte de Cassação, a doutrina indaga qual seria a solução, indicando-se que não há remédio previsto para corrigir o eventual vício, já que não caberia a rescisão do julgado, podendo-se cogitar de pretensão ressarcitória contra o Estado.⁷⁹

Por fim, se detecta, ainda, interessante discussão na doutrina a respeito do alcance do artigo 101, n.º 2, do CPC italiano, no caso de réu revel: o contraditório, a ser

⁷⁷ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 66-67.

⁷⁸ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 67-68. Cf. ainda, FRANCESCO PAOLO LUISSO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio: “Nell’ipotesi in cui la nullità riguarda la sentenza di appello, essa deve essere fatta valere con il ricorso in cassazione – ed anche in questa ipotesi, ove appuri che il giudice di appello ha violato l’art. 101, secondo comma, c.p.c., la cassazione deve dichiarare la nullità di quella sentenza. Di fronte alla Corte di cassazione, tuttavia, la possibilità di rimediare alla nullità della sentenza impugnata è più limitata, poiché nel procedimento di Cassazione non è possibile effettuare istruzione probatoria, e quindi, ove una delle parti lamenti la nullità della sentenza di appello ai sensi dell’art. 101, secondo comma, c.p.c. e ovviamente indichi quali attività egli avrebbe compiuto se la questione rilevata di ufficio gli fosse stata segnalata, occorrerà distinguere a seconda che tali attività riguardino solo profili di diritto (interpretazione ed applicazione delle norme) oppure anche profili di fatto (allegazioni ed attività istruttorie). Nel secondo caso la Cassazione dovrà inevitabilmente cassare e rinviare; nel primo caso, invece, a mio avviso potrà emettere una pronuncia sostitutiva: dopo la riforma del 2006, infatti, è stato modificato il secondo comma dell’art. 384 c.p.c., esplicitando ciò che peraltro era già stato affermato in precedenza, e cioè che la Cassazione può pronunciare nel merito anche in presenza di *errores in procedendo*”* (in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luiss,%20terza%20via.pdf> (accesso em 28.12.2017)). Cf. também AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell’art. 101 c.p.c.*, *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 67.

⁷⁹ CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, pp. 69-70. Cf. também AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell’art. 101 c.p.c.*, *Il Giusto Processo Civile*, 2011, pp. 68-69.

observado pelo juiz quanto aos temas que suscita de ofício, seria aplicável apenas às partes constituídas, devidamente representadas por advogado no processo, ou também à parte revel?⁸⁰ O entendimento encaminha-se para inaplicabilidade da norma no caso do revel.⁸¹

3. O artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015: âmbito de aplicação e as consequências da sua violação

Não há dúvidas que o CPC/2015 acolheu, no artigo 10, de forma expressa e geral, aplicável a todos os processos e em todos os graus de jurisdição, a obrigação dos juizes e dos tribunais de observar o contraditório quanto os temas que venham levantar de ofício no processo.⁸² Isso porque, além da literalidade da norma, sua inclusão na Parte Geral do Código, como norma fundamental do processo civil brasileiro, dá a exata medida da importância que o legislador atribuiu ao contraditório, especificamente na inserção do próprio julgador na obrigação de fazer observar (artigos 7º e 9º)⁸³ e observar ele mesmo o contraditório (artigo 10).⁸⁴

⁸⁰ LAURA SALVANESCHI, Doveri di collaborazione e contumacia, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIX, n.º 3, maggio-giugno 2014, p. 567: "Principale tema di indagine, intorno al quale ruota la soluzione di diverse altre questioni, sarà dunque il quesito se il dovere del giudice di sottoporre al contraddittorio delle parti le questioni che rilevi d'ufficio operi solo nei confronti delle parti costituite, oppure riguardi anche il contumace".

⁸¹ LAURA SALVANESCHI, Doveri di collaborazione e contumacia, *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIX, n.º 3, maggio-giugno 2014, p. 586: "Venendo dunque a una conclusione, a me sembra che nulla nel sistema processuale autorizzi a pensare che il contumace debba essere tutelato al punto di essere destinatario di quel particolare obbligo di collaborazione del giudice che si sostanzia, ai sensi dell'art. 101, comma 2º, c.p.c., nel dovere di comunicare alle parti una questione rilevata d'ufficio prima de porta a fondamento della propria decisione".

⁸² ESTEVÃO MALLETT, Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa", *Revista de Processo*, vol. 233, jul/2014, pp. 43-64: "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".

⁸³ *Id.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

⁸⁴ Trata-se, como destaca a doutrina brasileira, da superação da visão formal do contraditório como "simples bilateralidade da instância", com o acréscimo da "ideia de cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório", de modo que "contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência.

Certo que o artigo 10 do CPC/2015 tem objeto específico: se aplica às matérias que o juiz pode suscitar de ofício, restando incólume a perspectiva de que temas que o juiz não pode conhecer de ofício, e que se inserem na iniciativa exclusiva das partes (artigo 141, CPC/2015), não se encontram no espectro de incidência da norma em análise, pois há uma vedação anterior, no sentido de que o próprio juiz não pode suscitar de ofício tal tipo de matéria.

Assim, o campo de aplicação do artigo 10 do CPC/2015 vai envolver aquelas matérias que a legislação processual expressamente autoriza o juiz a examinar de ofício,⁴⁵ e que podem consistir tanto em temas de direito material – por exemplo,

Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Dai a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de valer pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter” (LUIZ GUILHERME MARINONI / SÉRGIO CRUZ ARENHART / DANIEL MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, vol. 1, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 501-502). No mesmo sentido, FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 18ª ed., Editora JusPodium, Salvador, p. 82, menciona a “dimensão substancial” do princípio do contraditório, como “poder de influência”, indicando que “essa dimensão substancial do contraditório impede a prolatação de decisão surpresa; toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório”. Cf. também HUMBERTO THEODORO JUNIOR / DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, 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*, vol. 168, fev./2009, pp. 107-141: “Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado não-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, cominexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa. Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial”. E, ainda, FERNANDO GONZAGA JAYME / MARCELO VIEIRA FRANCO, O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, vol. 227, jan/2014, pp. 335-359: “Ademais, o Projeto do novo Código de Processo Civil é merecedor de aplausos ao determinar a aplicação do contraditório inclusive quanto às questões apreciáveis *ex officio*. Isso quer dizer que o juiz não pode surpreender as partes, mesmo em face de matéria de ordem pública cognoscível de ofício. Assim, cumpre-lhe ouvir previamente as partes antes de decidir. Nesse caso, a oitiva prévia das partes tem o condão de influir materialmente no convencimento motivado do julgador. Não se trata de mera garantia formal de participação dos destinatários do provimento; diferentemente, ao consagrar o princípio da não surpresa, impede-se sejam proferidas decisões judiciais com base em fatos e fundamentos que não foram submetidos ao crivo do contraditório”.

⁴⁵ Cf. ESTEVÃO MALLET, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, *Revista de Processo*, vol. 233, jul/2014, pp. 43-64.

prescrição (artigo 487, inciso II, CPC/2015), ou de fato, como ocorre com os fatos supervenientes à propositura da ação (artigo 493, CPC/2015) – como de temáticas processuais – por exemplo, pressupostos processuais e as antigas “condições da ação” (artigo 485, parágrafo 3º, CPC/2015).⁸⁶

Curioso notar que o CPC/2015, não obstante a generalidade normativa do artigo 10, incluído no âmbito das normas fundamentais na Parte Geral do Código, reitera ou reforça, em várias outras normas específicas, o dever do juiz de suscitar o contraditório prévio entre as partes em relação a temas que pode examinar de ofício, como, por exemplo: a) artigo 487, parágrafo único; b) artigo 493, parágrafo único; c) artigo 921, parágrafo 5º; d) artigo. 933.⁸⁷

Nesses termos, e numa primeira aproximação, se o juiz, por exemplo, no momento de proferir a sentença, detectar a possibilidade de aplicar, de ofício, tema que as partes não apresentaram em suas alegações, deverá paralisar a atividade decisória e determinar a intimação das partes para se manifestarem previamente sobre a matéria, no prazo que fixar, para só depois decidir.⁸⁸ Certo, ainda, que é possível, em tal momento, para realizar o contraditório pleno, não apenas permitir às partes a produção de alegações ou manifestações sobre o tema, mas até admitir a produção de provas, ou reabrir a instrução probatória, acaso necessário, em razão dos pontos trazidos pelas partes em suas alegações.⁸⁹

Cabe, todavia, perquirir, inicialmente, no direito brasileiro, a partir da redação do artigo 10 do CPC/2015, o alcance da previsão: apanharia todas as matérias que o juiz pode suscitar de ofício, independentemente do seu teor, ou seja, apanharia matérias de direito (processual ou material), de fato ou mistas (de direito e de fato), ou incidiria apenas em determinada categoria de matérias, como as de fato ou mistas (de fato e de direito)?

⁸⁶ *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

⁸⁷ *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

⁸⁸ AUGUSTO CHIZZINI, *Legittimatio durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 60: “L'art. 101, 2º comma, c.p.c., dunque, presuppone che la causa sia già stata riservata per la decisione e impone che l'iter decisionario s'interrompa proprio per dar modo alle parti d'integrare le proprie difese alla luce della nuova questione loro segnalata dal giudice. Ne deriva che il contenuto delle difese delle parti sarà diverso, a seconda che la questione sia di puro diritto, oppure comporti anche la rilevanza di fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli in precedenza allegati. Nel primo caso sarà sufficiente la discussione della questione di diritto; nel secondo, invece, alla parte dovrà essere concesso di allegare quei fatti, con le evidenti ripercussioni probatorie. Sicché, nel primo caso, il giudice, deciderà tenendo conto di quanto illustrato dalle parti; nel secondo, rimetterà in istruttoria, per assumere le prove relative ai fatti resi rilevanti dalla questione sollevata d'ufficio (...)”.

⁸⁹ CLAUDIO CONSIGLIO / FEDERICA GIORDI, *Codice di Procedura Civile Commentato - La Riforma del 2009*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 67.

A doutrina brasileira caminha na mesma linha da orientação da doutrina francesa e italiana: o dever de observar o contraditório em matérias suscitadas de ofício pelo juiz incide tanto nas questões de direito como de fato.⁹⁰ Assim, a abrangência da norma é ampla e condiciona o exercício do princípio *iuria novit curia*,⁹¹ de modo que não há dúvidas que o juiz pode, de ofício, aplicar as normas jurídicas ao caso, mas, ao fazê-lo, tem de submeter, antes, o tema ao prévio debate das partes.⁹²

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento, em recente julgamento da Quarta Turma, envolvendo a incidência do artigo 10 do CPC/2015, partiu para interpretação restritiva a respeito do alcance da norma fundamental da vedação de decisões de “surpresa”, excluindo da sua aplicação o enquadramento jurídico do fato ou a aplicação da lei ao caso concreto, ou, noutras palavras, excluindo as chamadas “questões de direito”.⁹³

⁹⁰ HUMBERTO THEODORO JUNIOR *et alii*, *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*, Ed. Forense-Gen, Rio de Janeiro, 2015, pp. 96 e 105, destacando-se que “o âmbito das decisões de surpresa possui interesse especialmente para as questões jurídicas, das quais o juiz poderá conhecer de ofício”. Cf., ainda, HUMBERTO THEODORO JUNIOR / DIERLE JOSÉ CORREIA NUNES, 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*, vol. 168, fev/2009, pp. 107-141. Também ESTEVÃO MALLEI, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, *Revista de Processo*, vol. 233, jul/2014, pp. 43-64: “Quer dizer, 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”.

⁹¹ LUIZ GUILHERME MARINONI / SÉRGIO CROZ ARENHART / DANIEL MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, vol. I, Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 503: “Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente, à tomada de decisão também no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. Isso quer dizer que o brocardo *Iuria Novit Curia* só autoriza a variação da visão jurídica dos fatos alegados no processo acaso as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciar previamente à tomada de decisão (art. 10)”. Cf. também, FREDIE DIDIER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 18ª ed., Editora JusPodium, Salvador, p. 84.

⁹² Cf. AUGUSTO CIOZZINI, *Legitimation durch Verfahren – Il nuovo secondo comma dell’art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 52, citação nota 58 supra. No mesmo sentido a observação de FREDIE DIDIER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 18ª ed., Editora JusPodium, Salvador, p. 84: “E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido”.

⁹³ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no EDCI no recurso especial N° 1.280.825 – RJ. Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 in [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mulindo/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mulindo/componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF) (acesso em 04.01.2018): “Penso que o «fundamento»

Como se percebe, o Superior Tribunal de Justiça, com esse entendimento inicial, caminhou para reduzir drasticamente o campo da incidência do artigo 10 do CPC/2015, pois expressamente excluiu as questões de direito ou o chamado enquadramento jurídico do fato, com a aplicação da lei ao caso concreto. Atribui-se, assim, às partes a obrigação de conhecer o ordenamento jurídico, o que tem por base, ainda que de forma implícita, o antigo e ultrapassado princípio da autorresponsabilidade das partes como justificativa para afastar o contraditório.⁹⁴

A posição do Superior Tribunal de Justiça, adotada no julgado citado, acaba por manter o sentido tradicional do contraditório, de aplicação apenas para as partes, com a subtração do juiz do seu espectro, já que o juiz “conheceria o direito” (*iura novit curia*) e por isso o aplicaria de ofício, sem necessidade suscitar perante as partes o prévio debate a respeito do acerto ou desacerto desta posição, o que, indica o julgado, poderia ser corrigido depois, em sede de recurso.⁹⁵

Poder-se-ia até concordar com um aspecto lançado no citado julgado do Superior Tribunal de Justiça: não seria necessário suscitar o debate prévio das partes sobre

ao qual se refere o art. 10 é o fundamento jurídico – causa de pedir, circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação, conforme art. 493 do CPC/2015) – não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). (...) Os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz (*iura novit curia*), mas de todos os sujeitos ao império da lei, conforme presunção *jure et de jure* (art. 3º da LINDB).⁹⁴ Invoca-se, ainda, no voto condutor do citado acórdão, enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: “1. Entende-se por «fundamento» referido no art. 10 do CPC 2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes” (aprovado no seminário «O Poder Judiciário e o novo CPC», agosto de 2015).⁹⁵

⁹⁴ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no EDCI no recurso especial nº 1.280.825-RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “Seria necessário exame prévio da causa pelo juiz, para que imaginasse todos os possíveis dispositivos legais em tese aplicáveis, cogitados ou não pelas partes, e a prolação de despacho submetendo artigos de lei – cujo desconhecimento não pode ser alegado sequer pelos leigos – ao contraditório, sob pena de a lei vigente não poder ser aplicada aos fatos objeto de debate na causa”.

⁹⁵ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no EDCI no recurso especial nº 1.280.825-RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “A subsunção dos fatos à lei deve ser feita pelo juiz no ato do julgamento e não previamente, mediante a pretendida submissão à parte, pelo magistrado, dos dispositivos legais que possam ser cogitados para a decisão do caso concreto. Da sentença, que subsumiu os fatos a este ou àquele artigo de lei, caberá toda a sequência de recursos prevista no novo Código de Processo Civil”.

um artigo de lei pura e simples, quando as partes já debateram o tema, apenas sem fazer menção ao artigo de lei. Explica-se: imagine-se que as partes discutiram o cenário da responsabilidade extracontratual sem invocar explicitamente o artigo 186 do Código Civil brasileiro de 2002, doravante CC/2002,⁹⁶ com o que não seria mesmo necessário ao juiz suscitar o contraditório prévio apenas para especificar a aplicação do citado artigo 186; ou, ainda, que as partes discutiram o tema da ilegitimidade *ad causam* do réu, como fator que poderia acarretar a extinção do processo sem resolução do mérito, sem invocar o artigo 485, inciso VI, CPC/2015, também não seria necessário a indicação para discussão das partes a respeito apenas do artigo de lei.

Mas diversa é a situação quando, ao se trazer dispositivo legal não debatido pelas partes, se opera mudança na própria qualificação jurídica dos fatos, como alterar o cenário de responsabilidade contratual para responsabilidade extracontratual, ou vice-versa, quando então deve ser exigido o contraditório prévio entre as partes, como já destacado pelas doutrinas francesa e italiana.⁹⁷

O caso julgado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, ao que tudo indica, envolveu não só a simples especificação do dispositivo legal discutido pelas partes, mas efetivamente aplicação de novo enquadramento jurídico que alterou todo o cenário em torno do debate entre as partes em relação prazo prescricional, que girava em torno do prazo trienal previsto no artigo 206, parágrafo 3º, do CC/2002, e o tribunal, ao julgar a causa aplicou, de ofício, o prazo decenal previsto no artigo 205 do CC/2002,⁹⁸ sem suscitar o prévio contraditório ou debate das partes em torno do tema.

Trata-se, ao que tudo indica, na esteira de entendimento consolidado da doutrina francesa, e do alinhamento atual da doutrina italiana, bem como da própria doutrina brasileira que começa a se formar em torno do artigo 10 do CPC/2015, de

⁹⁶ *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm

⁹⁷ Em relação à doutrina francesa, conferir notas 26 a 29, *supra*, quanto à doutrina italiana, conferir, por exemplo, notas 61 a 63 *supra*.

⁹⁸ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no EDcl no recurso especial nº 1.280.825-RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 *in* https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “O inconformismo dos embargantes reside na aplicação, na fase de julgamento da causa, após o conhecimento do recurso especial, de dispositivo legal que, realmente, não fora invocado pelas partes, a saber, o art. 205 (prescrição decenal), ao invés do art. 206, § 3º, V (prescrição trienal), ambos do Código Civil. Não se pode pretender, todavia, que o órgão jurisdicional deixe de aplicar uma norma ao caso concreto porque as partes, embora tratem do tema, não a invocaram em seu recurso”.

violação à proibição de prolação de decisão “surpresa”, pois o debate das partes girou exclusivamente em torno do prazo prescricional de 3 anos e no momento do julgamento alterou-se, de ofício, sem permitir o prévio debate das partes, o cenário do enquadramento jurídico do fato na sistema normativo, com a aplicação de norma que previa o prazo decenal de prescrição, alterando os rumos da solução da causa.

De registrar que o Superior Tribunal de Justiça ainda invocou que a aplicação do artigo 10 do CPC/2015 poderia implicar numa espécie de “antecipação” do julgamento da causa, quando o juiz indicasse às partes manifestação sobre determinadas teses jurídicas,⁹⁹ e, ainda, atentaria contra a celeridade e eficiência “desejáveis”.¹⁰⁰

Não se pode concordar com nenhum dos dois argumentos: o juiz, ao determinar que as partes se manifestem sobre determinada questão de direito não está prejudicando a causa, mas sim submetendo tema que não foi objeto de debate entre as partes ao prévio contraditório, até para apurar se, realmente, seria mesmo aplicável ou não a tese, de modo a permitir que as partes possam exercer seu poder de influência, derivado do entendimento constitucional adequado em torno da acepção atual do contraditório;¹⁰¹ e é sabido que a efetivação de garantias constitucionais do processo exige tempo para sua concretização,¹⁰² razão pela qual a simples ace-

⁹⁹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no EDeI no recurso especial nº 1.280.825-RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “Em verdade, trata-se de uma interpretação que exigiria do julgador adiantar o seu provimento jurisdicional, informando qual dispositivo de lei federal específico iria aplicar, em um verdadeiro pré-julgamento da causa”.

¹⁰⁰ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no EDeI no recurso especial nº 1.280.825-RJ, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “A averçada exigência de que o juiz submetesse a prévio contraditório das partes não apenas os fundamentos jurídicos, mas também os dispositivos legais (fundamento legal) que vislumbrasse de possível incidência, sucessivamente, em relação aos pressupostos processuais, condições da ação, prejudiciais de mérito e ao próprio mérito, inclusive pedidos sucessivos ou alternativos, entavaria o andamento dos processos, conduzindo ao oposto da eficiência e celeridade desejáveis”.

¹⁰¹ FREDIE DIERER JR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 18ª ed., Editora JusPodium, Salvador, pp. 84-85: “O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar-se a respeito («intimem-se as partes que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei»). Não há aí qualquer prejudicamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema”.

¹⁰² MICHELE TARDIFFI, *A motivação da sentença civil*, Marcial Pons, São Paulo, 2015, p. 422: “De resto, não é de hoje, sabe-se bem, que as garantias têm um custo inevitável em termo de tempo e de

lação processual não pode ser argumento para comprimir a garantia do contraditório, sob pena de se instaurar, como chama atenção a doutrina italiana, um verdadeiro “pesadelo da duração razoável do processo”.¹⁰³

Por isso é que se destaca que o princípio da duração razoável mira muito mais a organização da justiça e a boa alocação de recursos judiciais para aplicar aos processos, do que a pura aceleração processual.¹⁰⁴ Daí o importante destaque da doutrina brasileira: não se pode considerar a aplicação do contraditório substancial como tema meramente formal ou protelatório.¹⁰⁵

atividades processuais: basta pensar, por exemplo, em quanto «custa» a atuação efetiva da garantia do contraditório. Não parece, todavia, que as «economias» processuais possam realizar reduzindo ou eliminando as garantias fundamentais da administração da justiça: e isso vale – naturalmente – para todas as garantias e, de modo particular, para aquelas que – como a obrigatoriedade da motivação – visam a assegurar o correto exercício do poder no contexto do ordenamento democrático do Estado”.

¹⁰³ GIOVANNI VERDE, Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata, *Rivista di Diritto Processual*, 2011, n.º 3, pp. 505-525.

¹⁰⁴ PAOLO BLAVAT, Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2012, n.º 2, pp. 478-479: “A mio avviso, invece, la ragionevole durata è strettamente collegata al problema delle risorse che lo Stato può dedicare al settore della giustizia ed è, perciò, una caratteristica di sistema. (...) Se queste premesse sono corrette, si può allora suggerire di intendere la nozione di ragionevole durata non (o, almeno, non principalmente) come semplice misurazione temporale della lunghezza dei processi, ma come ragionevole impiego di risorse in relazione a quel processo. Ed è in questa chiave che si deve compiere il lavoro, certo imprescindibile, di rilettura delle norme del codice alla luce del precetto di cui all’art. 111, comma 2º, cost. Ne segue, ancora, se non mi inganno, che il discrimine per una più o meno intensa applicazione del principio della ragionevole durata, in rapporto al diritto di difesa, va collocato in relazione al piano del maggiore o minore impiego di risorse giudiziarie che ne viene in gioco”. Nesse sentido, importante observação se encontra em Relatório da Justiça Francesa, que trata da gestão do tempo no processo: “La durée est une composante inéluctable de toute procédure judiciaire et aucune recherche de célérité ne saurait se faire au détriment du souci de qualité. Le temps nécessaire au procès doit être un temps utile. C’est dès lors, plutôt en direction des pertes de temps qu’il paraît judicieux de s’orienter, si l’on veut supprimer du temps inutile, du temps vain ou gaspillé, éliminer le temps qui ne favorise pas la progression vers la solution du litige. Ce qui compte n’est pas la quantité mathématique de temps passé à un procès, mais bien plutôt la manière dont celui-ci a été utilisé par ses différents acteurs » (JEAN-CLAUDE MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, La documentation Française, Paris, 2004, p. 19).

¹⁰⁵ HUMBERTO THEODORO JUNIOR *et alii*, Novo CPC – Fundamentos e Sistematização, Ed. Forense-Ges, Rio de Janeiro, 2015, p. 102: “Algo, porém, deve ser ressaltado: esta perspectiva, que serviu de fundamento para o novo art. 10 do Novo CPC, de leitura dinâmica e substancial do contraditório, não pode ser vislumbrada com um objetivo protelatório e formalista pela parte que sucumbiu nas decisões, pois a análise do contraditório há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal. Ao contrário, a referida perspectiva demonstra que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui instrumento insubstituível para uma decisão correta”.

Por isso é que cabe insistir e reiterar o entendimento, advindo da doutrina francesa e italiana, e já manifestado pela doutrina brasileira, de que a vedação de decisão “surpresa”, contida no artigo 10 do CPC/2015, abarca também as questões jurídicas, ou a qualificação jurídica dos fatos pelo juiz, decorrente do brocardo *iuria novit curia*, pois:

a) o contexto da vedação das decisões surpresa envolve não só a inserção do juiz no contraditório, mas também se insere no seu dever de colaboração para com as partes e na lealdade processual e imparcialidade com que deve atuar o juiz;

b) ainda que se trate de matéria de direito, diante do cipoal normativo existente na atualidade¹⁰⁶ – em que se tem até mesmo o questionamento a respeito da obrigação que se impõe a todos de conhecer o direito¹⁰⁷ – deve prevalecer o dever do juiz de suscitar o contraditório prévio, quando nada porque, como destacado pela doutrina italiana, questão debatida é sempre mais bem decidida do que aquela não debatida, em razão da necessidade de se atender o direito de participação das partes e de se atingir a decisão justa, sob a perspectiva de decisão processualmente adequada;

c) o dever de submissão ao contraditório prévio não diminui ou retira o poder do juiz de aplicar a lei ao caso concreto, mas apenas exige que, ao exercer tal poder, submeta previamente o tema ao debate das partes;¹⁰⁸

¹⁰⁶ GUSVATO ZAGREBELSKY, *Il diritto misto*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1992, pp. 47-48: “Non si deve pensare che l’inesausta fucina che produce in sovrabbondanza leggi e leggine sia una perversione transitoria della nozione di diritto. Essa corrisponde a una situazione strutturale della società attuali. Il xx secolo è stato definito come quello del «legislatore motorizzato», in tutti i settori dell’ordinamento giuridico, nessuno escluso. Il diritto si è «meccanizzato» e «tecnicizzato» di conseguenza”.

¹⁰⁷ CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, *A atividade legislativa do poder executivo*, 2.ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pp. 55-56: “Depois, porque a inflação legislativa corrompeu um princípio caro ao universo jurídico: a presunção de que todos conhecem a lei. (...) Quem conhece o direito quando ele entra em minúcias, sofre alterações constantes ou encontra-se veiculado por milhares de atos legislativo?”.

¹⁰⁸ Relembrar AUGUSTO CHIZZINI Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell’art. 101 c.p.c., *Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 52; e FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 18ª ed., Editora JusPodium, Salvador, p. 84, citados na nota 92 supra. Também HUMBERTO THEODORO JUNIOR / DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, 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*, vol. 168, fev/2009, pp. 107-141, destacam: “Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância, impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício”. Cf. ainda, ESTEVÃO MALLEI, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, *Revista de Processo*, vol. 233, jul/2014, pp. 43-64: “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

d) a aplicação do artigo 10 do CPC/2015 para questões de direito também não vai importar numa espécie de “antecipação” do resultado do processo, pois se trata apenas de permitir que as partes debatam previamente o tema prospectado de ofício pelo juiz, cenário que pode até contribuir para a duração razoável, com o exame da causa, pelo juiz, de forma mais adequada desde o início do processo.¹⁰⁹

Todavia, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, em julgado mais recente, por meio da sua Segunda Turma, se posicionou em sentido constitucionalmente mais adequado à leitura atual do contraditório dinâmico, na vertente de proibição de decisão surpresa (artigo 10, CPC/2015), ao anular acórdão de segundo grau proferido com violação de tal garantia fundamental, fixando o entendimento de que a norma apanha também as questões de direito que venham a ser levantadas de ofício pelo julgador.¹¹⁰

pública, e o respeito ao contraditório e ao direito de defesa. (...) Em matéria de ordem pública, a atuação do juiz 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. (...) Se as partes não puderem discutir e debater potencial enquadramento jurídico da controvérsia, a ser feito de ofício pelo juiz, 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”. Cabe anotar, entretanto, que o Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão citado, proferido no EDeI no recurso especial nº 1.280.825-RJ, Rel. Min. MARIA INABEL GALLOTTI, 4ª Turma, DJe de 01.08.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF (acesso em 04.01.2018), parece entender que o dever de suscitar o contraditório prévio traria limitação ao poder do juiz de apreciar questões de ofício: “Não se pode pretender, todavia, que o órgão jurisdicional deixe de aplicar uma norma ao caso concreto porque as partes, embora tratem do tema, não invocaram em seu recurso”.

¹⁰⁹ Relembrar CLAUDIO CONSOLO / FEDERICA GODIO, *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*, Ipsoa-Wolters Kluwer, Milano, 2009, p. 58, citado na notas 44 e 46 supra.

¹¹⁰ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018). O caso foi assim descrito no julgado citado: “In casu, o Acórdão recorrido decidiu o recurso de apelação da autora mediante fundamento original não cogitado, explícita ou implicitamente, pelas partes. Resolveu o Tribunal de origem contrariar a sentença monocrática e julgar extinto o processo sem resolução de mérito por insuficiência de prova, sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercer sua influência na formação da convicção do julgador. Por tratar-se de resultado que não está previsto objetivamente no ordenamento jurídico nacional, e refoge ao desdobramento natural da controvérsia, considera-se insuscetível de pronunciamento com desatenção à regra da proibição da decisão surpresa, posto não terem as partes obrigação de prevê-lo ou advinhá-lo”.

Noutras palavras, neste segundo precedente, definiu o Superior Tribunal de Justiça, ao contrário do julgado anteriormente citado, os contornos adequados, conforme doutrina estrangeira e nacional colacionada, da proibição de decisão de “surpresa” ou de “terceira via”, incorporada no artigo 10 do CPC/2015,¹¹¹ asentado que “a partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes”.¹¹²

A discussão está posta, até diante da divergência de entendimento que surge no Superior Tribunal de Justiça, cabendo reiterar alerta da doutrina italiana: a temática ora referida, envolvendo a amplitude da norma fundamental que veda decisão “surpresa” (artigo 10, CPC/2015), é central, e precisa ser muito discutida e debatida, pois é justamente no seu alcance (questões de fato, mistas ou de direito) que

¹¹¹ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juiz e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial”

¹¹² No Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018), destacou-se, ainda, a ligação do tema com o princípio da cooperação: “A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente «sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício» (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209)”.

vai residir a menor ou maior efetividade do contraditório aplicado aos juizes na vertente da vedação das decisões “de surpresa”.¹¹³

Assentada a orientação no sentido da aplicabilidade ampla do artigo 10 do CPC/2015 também para as questões de direito que o juiz pretenda levantar de ofício no processo, surge desdobramento interessante: seria necessário suscitar tal prévio debate no caso de o juiz invocar jurisprudência não mencionada pelas partes?

A resposta caminhará em sentido negativo, já que muitas vezes a indicação de jurisprudência se colocaria como mero reforço argumentativo.¹¹⁴ Todavia, no atual

¹¹³ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 48. “Il riferimento normativo alla *questione rilevata d'ufficio* dovrà essere inteso coinvolgere, come coerenza e logica impongono, non solo le questioni in prevalenza di rito per le quali la legge processuale riconosce in modo espresso al giudice un potere di rilievo d'ufficio, quanto tutte le questioni di merito (sebbene non solo) in cui il giudice utilizza quel potere di qualificazione della fattispecie che la legge e l'interpretazione consolidata gli riconoscono – solitamente riassunto nel principio *luria novit curia* – e di conseguenza pone a fondamento della propria decisione una lettura divergente rispetto a quelle contrapposte emerse dal contraddittorio. Il punto è decisivo ed è facile presagire che su questo fronte si condurranno gli attacchi più violenti, tesi a nebulizzare l'innovazione voluta dal legislatore. Infatti, questo dell'applicazione della fattispecie astratta al fatto dedotto e alla questione, in quanto in esso si esplicano quei poteri giudiziali che caratterizzano la materielle Prozessleitung del processo e rispetto ai quali se deve poter opporre una idonea struttura del contraddittorio a tutela delle parti”. Registre-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça chamou a atenção para o ponto, no mais recente julgado citado, consubstanciado no Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018): “Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória”.

¹¹⁴ Assim, DINO BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice, Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n.º 2, marzo-aprile 2010, p. 408, indica desnecessária a aplicação do debate prévio a pontos de direito “che non muta l'impostazione giuridica su cui hanno discusso le parti, ma si limita a corroborare il convincimento del giudice”. Também LOIC CADIET, *Code de procédure civile*, 24.ª édition, LexisNexis-Litec, Paris, 2011, p. 36, faz referência a julgado em que se rejeitou a demanda de nulidade de decisão ao argumento de invocação de jurisprudência não comunicada às partes “Doit être rejetée la demande en nullité d'un jugement pour avoir méconnu le principe de la contradiction au motif que le premier juge a fondé sa décision sur des jurisprudences non publiées et non communiquées, alors que ces jurisprudences ne constituent ni moyen de droit relevé d'office, ni un motif décisoire”. Sem embargo, HUMBERTO FILIODORO JÚNIOR, 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*

sistema processual brasileiro, implementado pelo CPC/2015, em que se faz distinção entre o precedente “persuasivo” e o precedente “vinculante”,¹¹⁵ acaso se trate de precedente “vinculante” que não foi invocado pelas partes e o juiz entenda aplicável ao caso, o próprio CPC/2015 determina expressamente a observância do artigo 10, ou seja, impõe a aplicação da norma fundamental da vedação de decisão “surpresa”, como se infere do disposto no artigo 927, parágrafo 1º, CPC/2015. O reforço é adequado, porque a chamada força vinculante destes precedentes os aproxima mais do regime normativo, tanto que o próprio CPC/2015 prevê, por exemplo, modulação de efeitos para que a nova orientação jurisprudencial só se aplique para casos futuros (artigo 927, parágrafo 3º), ou mesmo admissão de ação rescisória em razão da violação do precedente vinculante (artigo 966, parágrafo 5º).¹¹⁶

Outro ponto interessante a respeito da aplicação do artigo 10 do CPC/2015 poderia surgir, por exemplo, quando da aplicação da multa processual (*astreinte*), como medida de apoio para realizações de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, no âmbito da chamada tutela específica, prevista no artigo 537 do CPC/2015: segundo o entendimento extraído da jurisprudência francesa, o tema estaria fora do âmbito da aplicação do contraditório prévio por se enquadrar no exercício de um “poder exclusivo” do juiz.¹¹⁷

Quanto ao campo de aplicação do artigo 10 do CPC/2015, é de se registrar, ainda, que o novo Código excluiu expressamente da incidência da vedação de decisão “surpresa” o julgamento de improcedência liminar, fundado no reconhecimento de prescrição e decadência (artigos 332, parágrafo 1º e 487, parágrafo único). O ponto, porém, é questionado por parte da doutrina, que indica a necessidade de se interpretar a questão à luz das normas fundamentais insertas nos artigos 9º e 10 do Código, indicando-se a necessidade da prévia oitiva do

de Processo, vol. 168, fev/2009, pp. 107-141, destacam a possibilidade de a invocação de súmula não vinculante implicar em surpresa para as partes: “A colocação de qualquer entendimento jurídico (v.g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa”.

¹¹⁵ Cf., por exemplo, EDUARDO CAMBI / THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO, Precedentes vinculantes, *Revista de Processo*, vol. 215, jan /2013, pp. 207-246

¹¹⁶ *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

¹¹⁷ SERGE GUINCIARD / FREDÉRIQUE FERRAND / CÉCILE CHAINAIS, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, 29.ª ed., Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 647: “La jurisprudence considère lorsque le juge exerce un pouvoir exclusif, quasiment de contrainte, il n’a pas à respecter la contradiction. Ainsi, quand il décide d’ordonner d’office l’exécution provisoire (art. 515) ou une astreinte ou une amende ou détermine d’office le point de départ des intérêts légaux”.

autor, até na hipótese do julgamento liminar de improcedência fundado em prescrição ou decadência.¹¹⁸

Cabe, agora, dar mais um passo adiante na discussão em torno do artigo 10 do CPC/2015 e indagar qual a sanção pela violação de tal norma: implicaria em nulidade da decisão? A doutrina parece se inclinar no sentido de que a violação do artigo 10 do CPC/2015, com prolação de decisão em que o juiz suscita, de ofício, tema em relação ao qual não se tenha dado às partes a possibilidade de se manifestar previamente, ensejaria a nulidade da decisão.¹¹⁹

O Superior Tribunal de Justiça, no citado julgado mais recente, emanado da Segunda Turma, indicou que o artigo 10 do CPC/2015 tornou “objetivamente” obrigatória a prévia intimação das partes para se manifestar sobre o tema suscitado de ofício pelo juiz na decisão judicial, e por isso destacou que “a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador”. E mais adiante reiterou o acerto que “a negativa de efetividade ao artigo 10 c/c artigo 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado”.¹²⁰

¹¹⁸ Nesse sentido, cf., por exemplo, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 56.ª ed. Ed. Gen-Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 1030.

¹¹⁹ FREDIE DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 18ª ed., Editora JusPodium, Salvador, p. 85: “Decisão-surpresa é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório”. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR / DIRLEI JOSÉ COELHO NUNES, 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*, vol. 168:2009, fev./2009, pp. 107-141: “Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento sem invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*)”. ESTEVÃO MALLETT, Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”, *Revista de Processo*, vol. 233, jul./2014, pp. 43-64: “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. (...) 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 juiz. 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”. Cf. ainda HUMBERTO THEODORO JÚNIOR *et alii*, *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*, Ed. Gen-Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 100.

¹²⁰ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/>

Assim, mesmo sem previsão expressa de nulidade da decisão surpresa no artigo 10 do CPC/2015 – ao contrário do que ocorre, por exemplo, no direito italiano, cujo artigo 101, n.º 2, CPC italiano, comina expressamente a sanção de nulidade para as decisões surpresa¹²¹ – a tendência parece apontar no sentido da indicação da nulidade da decisão surpresa, até porque no direito brasileiro não é comum previsão expressa da pena de nulidade para vícios processuais.¹²² Noutras palavras, a falta de cominação expressa da sanção de nulidade no artigo 10 do CPC/2015, para as decisões surpresa, não é motivo para afastar a possibilidade de anulação de tal decisão.¹²³

A temática, porém, se complica quando se insere a questão da violação ao artigo 10 do CPC/2015 no âmbito das regras gerais de nulidade previstas no CPC/2015 (artigos 276/283).¹²⁴ Assim, por exemplo: a) a potencial nulidade em razão da vio-

documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018).

¹²¹ Tenha-se a redação do artigo 101, n.º 2, do CPC italiano, acrescido pela Lei n.º 69 de 2009: "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 e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

¹²² Cf. ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, *Invalidades Processuais – Relatório Nacional (Brasil) in I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*, Editora Jus Podium, Salvador, 2016, pp. 177 e 184. AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Nulidades no Processo*, Airle Editura, Rio de Janeiro, 2000, pp. 48-52, diferencia as nulidades previstas expressamente em lei (cominadas) daquelas não previstas expressamente em lei (não cominadas): "As nulidades cominadas são textualmente previstas na lei processual e as não-cominadas não são previamente determinadas, mas subordinam-se a condições de regularidade dos atos realizados no desenvolvimento de cada processo em sua concreta especificidade". A respeito desta classificação, conferir também, do mesmo, ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, *Invalidades Processuais – Relatório Nacional (Brasil) in I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*, Editora Jus Podium, Salvador, 2016, pp. 183-184. Aliás, como registra muito bem o mesmo autor, *ob. cit.*, pp. 190-191 e 199, preconiza-se modernamente o abandono destas classificações em nulidades relativas e absolutas ou cominadas e não cominadas, indicando-se que a única classificação útil seria aquela de nulidades sanáveis e insanáveis: "Por fim, temos que, à luz do modelo proposto, a única classificação das invalidades racionalmente identificável e praticamente útil ao processo é aquela que pretende dividi-las em nulidades sanáveis e insanáveis. Em verdade, a classificação seria melhor adequada se dissesse respeito aos defeitos, e não às invalidades. Como toda nulidade depende de decretação (o nulo processual só o é depois de assim proclamado pelo juiz), o que é sanável ou insanável é o defeito, o vício, e não a nulidade".

¹²³ AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 45, destaca, em nota de rodapé, citando doutrina alemã, que a solução pela nulidade da decisão surpresa pode ser atingida pela via interpretativa, mesmo sem cominação legal expressa.

¹²⁴ ESTEVÃO MALLETT, *Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa"*, *Revista de Processo*, vol. 233, jul/2014, pp. 43-64, e / DIERLE JOSÉ COELHO NUNES, *Uma dimensão que urge reconhecer*

lação ao artigo 10 do CPC/2015, com a prolação de decisão surpresa, poderia ser afastada se se indicar que a decisão alcançou a finalidade, decidindo-se corretamente o tema *sub judice* (artigo 277, CPC/2015)? b) seria exigível que a parte demonstre o prejuízo pela ausência do contraditório (artigo 282, parágrafo 1º, CPC/2015), ou, como vem sendo debatido pela doutrina italiana,¹²⁵ deve-se impor à parte que aponta a nulidade da decisão surpresa a indicação dos argumentos que poderiam ser levantados sobre o tema suscitado de ofício na decisão, a fim de se averiguar sua relevância ou não, como condição para decretação da nulidade?

Numa primeira aproximação e tentativa de indicar resposta para os pontos ora suscitados, parece mais adequado o posicionamento de que a decisão surpresa é nula, inclusive se a decisão se mostrar “correta” do ponto de vista do desfecho do caso, até porque o defeito ou vício não vai residir no resultado em si da decisão, mas na violação ao contraditório pleno, que vai se situar, como destacou o Superior Tribunal de Justiça no precedente citado,¹²⁶ no *error in procedendo* ao se adotar como fundamento para a decisão judicial questão de direito não submetida ao prévio debate entre as partes.¹²⁷

Por isso, na linha de entendimento defendido por parte da doutrina italiana, não parece adequado processualmente exigir que a parte demonstre o “prejuízo” da decisão surpresa ao contraditório, alinhando os argumentos que poderiam ser levantados se se tivesse oportunizado o contraditório no momento adequado, para

ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *Revista de Processo*, vol. 168, fev./2009, pp. 107-141; parecem caminhar nessa linha, inserindo o tema da nulidade decorrente da decisão surpresa no cenário do regime geral das nulidades processuais.

¹²⁵ Vide notas 71 a 73 *supra*.

¹²⁶ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11/10/2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018).

¹²⁷ Certo, como aponta ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, *Invalidades Processuais – Relatório Nacional (Brasil) in I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*, Editora Jus Podium, Salvador, 2016, p. 192, que a temática das nulidades não deve ser examinada apenas do ponto de vista teórico, mas a partir da inserção do ato defeituoso na dinâmica no processo em que foi editado, e nesta seara avaliada a temática do “prejuízo”, especialmente com a interferência em relação ao contraditório: “Por fim, o princípio do «prejuízo», relevante num modelo de nulidades, é hoje em dia fixado com base em fórmulas vagas e sem sentido, sem qualquer preocupação prática de fundamentá-lo em cada caso concreto e analisado *a priori*. Deve-se buscar vincular o prejuízo a um exame a posteriori dos atos processuais, em que o tal «prejuízo» seja reconhecido apenas nos casos em que as atipicidades sejam criadoras de situações interferentes no contraditório”.

apurar a “força” de tais argumentos, como se a violação ao contraditório não causasse, por si só, um dano à parte.¹²⁸

Ademais, a quebra do contraditório efetivo previsto no CPC/2015, em razão da prolação de decisão “surpresa” atinge a cooperação e lealdade processual que permeia não só a conduta das partes, mas também da própria atuação judicial, acaso se admitisse a possibilidade do juiz decidir fora do contexto do contraditório realizado entre as partes. E mais: nos tempos atuais em que se cresce a atuação judicial, admitindo-se até mesmo que possa participar da criação do cenário normativo, é preciso reforçar e assegurar as garantias processuais, como uma espécie, como destaca a doutrina francesa, de “contra-poder” ao aumento do poder judicial.¹²⁹

Ainda na esteira da discussão a respeito da invalidade da decisão, cabe indagar se é possível, por exemplo, suprir o defeito em segundo grau, em sede de, por exemplo, de recurso de apelação, ou se o reconhecimento da ofensa ao artigo 10 do CPC/2015 implicaria em nulidade da decisão com o retorno dos autos ao primeiro grau para prolação de nova decisão, após a devida observância do contraditório entre as partes?

A solução no direito brasileiro parece ser ditada pelo artigo 1.013, parágrafo 3º, do CPC/2015,¹³⁰ que admite o julgamento imediato do mérito pelo tribunal, em sede de apelação, inclusive diante de sentenças de extinção sem julgamento de mérito ou de nulidades da sentença *ultra petita*, *extra petita*, *citra petita*, ou, ainda, nulidade por falta de fundamentação da sentença, desde que o processo esteja “em condições de imediato julgamento”, ou seja, não haja necessidade de produção de novas provas (*causa madura*).¹³¹

¹²⁸ Relembrar AUGUSTO CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c., Il Giusto Processo Civile*, 2011, p. 47, quando destaca que “non ha alcun fondamento logico (tanto meno positivo) la tesi mezzana, cara alla giurisprudenza, che vorrebbe onerare il soccombente della prova (diabolica) dell'effettivo nocimento, del dedurre la causalità del vizio processuale, come se la violazione del contraddittorio non fosse un danno in sé”.

¹²⁹ SERGE GUINCHARD / FREDÉRIQUE FERRAND / CÉCILE CHAINAIS, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, 29.^e ed., Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 92 : “Le développement croissant et inéluctable du droit d'origine jurisprudentielle, notamment européenne, accroît l'importance de la procédure dans l'élaboration de ce droit. Il accroît ainsi le rôle du juge, acteur de la régulation des conflits et non plus seulement « bouche de la loi », mais aussi ce « changeur » entre l'hermétisme de la loi e le justiciable, changeur qui traduit en termes clairs ce qui est compliqué. Et, à l'inverse, l'accroissement des pouvoirs du juge dans l'élaboration de la norme, accroît le besoin de garanties procédurales : la procédure est le contre-pouvoir aux pouvoirs accrus du juge et au pouvoir de la justice”.

¹³⁰ *In* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

¹³¹ Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, 47.^a ed., Ed. GenForense, Rio de Janeiro, 2015, pp. 1019-1020.

Assim, no caso de se alegar violação ao artigo 10 do CPC/2015, o tribunal de segundo grau deve apurar se o caso é ou não de aplicação do parágrafo 3º do artigo 1.013 do CPC/2015 e, em caso de constatar a inviabilidade de aplicação da norma, por exemplo, porque o ponto novo suscitado pelo juiz de ofício implicaria em necessidade do desenvolvimento de atividades instrutórias pelas partes, deve anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para realização dos atos instrutórios necessários.

Ao contrário, se a causa está madura para julgamento e o ponto de ofício introduzido pelo juiz com violação do contraditório é apenas de direito, se teria como viável a apreciação diretamente do mérito no segundo grau. Mas, para julgar o mérito diretamente, o tribunal teria que reabrir os debates entre as partes, indicando expressamente a questão de direito posta de ofício na sentença com a intimação das partes para se manifestarem previamente sobre o tema.¹²²

Se a decisão surpresa surge no segundo grau, diretamente em sede de julgamento de apelação, e a violação ao artigo 10 do CPC/2015 pode ser alegada em sede de recurso especial. Todavia, neste caso, considerando as peculiaridades legais e constitucionais deste recurso, especialmente a necessidade de prequestionamento, a solução mais adequada parece ser mesmo aquela dada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado citado, no sentido de se reconhecer a nulidade, cassar o acórdão e determinar o retorno dos autos ao tribunal de segundo grau para reapreciação da causa, agora com a devida observância do contraditório prévio entre as partes.¹²³

¹²² Sem embargo, apesar de o tema não ter sido discutido expressamente na passagem do primeiro para o segundo grau, mas adotado em sede de julgamento de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018), assim indicou o encaminhamento do ponto da nulidade no julgado citado: "A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida nas instâncias de origem para permitir não só a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador, como também, e principalmente, para assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada".

¹²³ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.676.027-PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe de 11.10.2017 in https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1639156&num_registro=201701314840&data=20171219&formato=PDF (acesso em 04.01.2018) "Diante de todo o exposto, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou superação de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido

4. Conclusão

Ao que tudo indica, a temática do contraditório dinâmico e efetivo, abarcando o juiz e o seu poder de suscitar questões de ofício (artigo 10, CPC/2015), ainda vai levar tempo para maturar no direito brasileiro que, não obstante o novo Código de Processo Civil de 2015, ainda encontra setores da jurisprudência apegados à compreensão tradicional, formal, do contraditório, envolvendo apenas a chamada “bilateralidade da audiência” entre as partes, deixando de fora o juiz, como evidência a linha adotada em uma das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça citada neste trabalho.¹³⁴

Sem embargo, é preciso cada vez mais buscar implementação das garantias constitucionais do processo, agora melhor detalhadas e concatenadas no CPC/2015, especialmente no âmbito do contraditório dinâmico e efetivo, que deve traduzir a participação real das partes, com possibilidade de influenciar na decisão da causa, e por isso não se pode mais admitir as decisões “surpresa” ou que emanem exclusivamente da via judicial, sem participação das partes, ainda que o tema suscitado de ofício seja exclusivamente de direito, de modo a tornar o artigo 10 do CPC/2015 efetivo, com a vinculação cada vez maior do juiz aos princípios da cooperação e da lealdade processual, que permeiam a compreensão da proibição da prolação da decisão de terceira via, como muito bem destacam as doutrinas italiana e francesa aqui destacadas.

Caso contrário, a prevalecer interpretações formais – como as que excluem as questões de direito da incidência do artigo 10 do CPC/2015, permitindo que o juiz continue a decidir fora do terreno arado pelo debate das partes, sem submeter quaisquer temas, de fato ou de direito, que venha a suscitar de ofício ao prévio contraditório entre as partes; ou mesmo afastando a nulidade de tais decisões com base em exigências de demonstração de prejuízo, atribuindo-se, por exemplo, ao recorrente o delineamento no recurso os pontos que poderia ter suscitado acaso tivesse sido intimado para tanto antes da prolação da decisão, e sopesando a eventual interferência de tais argumentos em relação à decisão – ter-se-á, no fim das

processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no *Digesto Processual* de 2015”.

¹³⁴ O mesmo estado de “resistência” às novas imposições do CPC/2015 se encontra também, por exemplo, no que diz respeito à aceitação do novo modelo de fundamentação das decisões judiciais, como noticiam FERNANDO GONZAGA JAYME / MARCOS VENICILS LIPIEWSKI / RENATA C. VIEIRA MAIA, *A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões*, in *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, pp. 402-413.

contas, o mesmo entendimento em torno do contraditório que prevalecia no Código de Processo Civil de 1973, com incidência apenas entre as partes, dele excluído o juiz, perspectiva hoje não só constitucionalmente inadequada, mas que vai também atentar contra as normas fundamentais do CPC/2015, estruturadas com base no contraditório efetivo (artigos 7º e 9º), ligado à boa-fé objetiva e cooperação (artigos 5º e 6º), contraditório efetivo que apanha expressamente o próprio juiz para todos os temas que pode suscitar de ofício, tanto no campo de fato como de direito, material ou processual (artigo 10).

Assim, é preciso insistir na efetivação das garantias processuais, dentre elas a garantia cardeal do contraditório – e que o cenário atual da jurisdição brasileira, em razão do grande número de processos em curso, tende cada vez mais a “achatar”, sob o signo da necessidade de realizar a pauta da duração razoável do processo –, para que as novas conquistas legislativas não se percam em interpretações restritivas, reforço este das garantias que se presta até mesmo a funcionar como contraponto ao aumento do espaço decisório dos juizes, como muito bem destacado, por exemplo, pela doutrina francesa.¹³⁵

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança – A busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BIAVATI, Paolo. Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2012, n. 2.
- BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2º, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXV, n. 2, marzo-aprile 2010.
- CADIET, Loïc. *Code de procédure civile*. 24 édition. Paris: LexisNexis Litec, 2011.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5 ed. Paris: LexisNexis, 2006.

¹³⁵ Confira citação de SERGE GUINCIARD / FRÉDÉRIQUE FERRAND / Cécile CHAINAIS, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire* 29.ª ed., Éditions Dalloz, Paris, 2008, p. 92, na nota 129 supra.

- CAMBI, Eduardo; DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, vol. 215/2013, jan /2013, p. 207-246.
- CASSESE, Sabino. Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, n. 4.
- CAVALLINI, Cesare. *Jura novit curia (civil law e common law)*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXII, n. 3, maggio-giugno 2017.
- CHIZZINI, Augusto. Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c. *Il Giusto Processo Civile*, 2011.
- CLIVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Questioni rilevabile d'ufficio e contraddittorio*: http://www.treccani.it/enciclopedia/questioni-rilevabili-d-ufficio-e-contraddittorio_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4.^a ed., Bologna: Il Mulino, vol. 1, 2006, p. 78
- CONSOLO, Claudio; GODIO, Federica. *Codice di Procedura Civile Commentato – La Riforma del 2009*. Milano: Ipsoa-Wolters Kluwer, 2009.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18^a ed. Salvador: Editora JusPodium, vol. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010, vol. 1.
- FERRARIS, Federico. Principio del contraddittorio e divieto di decisioni "a sorpresa": questioni di fatto e questioni di diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, n. 4-5, luglio-ottobre 2016.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2000.
- GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXV, n. 4, luglio-agosto 2010.
- GUINCHARD, Serge; DELICOSTOPOULOS, Constantin, S.; DELICOSTOPOULOS, Ioannis S.; DOUCHY-QUIDOT, Méline; FERRAND, Frédérique; LAGARDE, Xavier; MAGNIER, Véronique; FABRI, Hélène Ruiz; SINOPOLI, Laurance; SOREL, Jean-Marc. *Droit processual – Droit commun et droit comparé du procès équitable*. 4 édition. Paris: Dalloz, 2007.

- GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*. 29 ed. Paris : Dalloz, 2008.
- JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 227/2014, jan/2014, p. 335-359.
- JAYME, Fernando Gonzaga. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- LUIO, Francesco Paolo. *Diritto Processuale Civile*. 4 edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2007, v. 1.
- LUIO, Francesco Paolo. Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/83/Luio,%20terza%20via.pdf>.
- MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*. Paris : La documentation Française, 2004.
- MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista de Processo*, vol. 233/2014, jul/2014, p. 43-64.
- MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais; 2015, vol. 1.
- MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LV, n. 4, ottobre-dicembre 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. 13 ed. Paris: Montchrestien, 2008.
- SALVANESCHI, Laura. *Dovere di collaborazione e contumacia*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIX, n. 3, maggio-giugno 2014.
- SANTOS, Welder Queiroz dos. A vedação à prolação de “decisão surpresa” na Alemanha. *Revista de Processo*, vol. 240/2015, fev/2015, p. 425-435.
- TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giustizia civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. LIV, 2000, p. 1047-1084.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. 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*, vol. 168/2009, fev /2009, p. 107-141
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho, BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2015.
- THEODORO JUNIOR , Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015, vol. I.
- THEODORO JÚNIOR , Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015, vol. III.
- TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. LV, 2001.
- VERDE, Giovanni. Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata. *Rivista di Diritto Processual*, 2011, n. 3.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1992.
- ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA; Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podium, 2016.