



A proibição da Sentença de “Terceira Via” como direito fundamental associado ao contraditório

Rafael Flach¹

Resumo: O texto pretende analisar o direito à proibição de sentença de terceira, suas implicações no âmbito do processo e demonstrar que seu fundamento tem assento constitucional. **Palavras-Chave:** sentença “surpresa” – sentença de “terceira via” – princípio do contraditório.

1. Introdução

Em tempos de alteração da legislação processual civil, novas perspectivas se avultam nesse cenário. E uma delas, que adquire relevo, em face de sua positivação, é aquela referente à proibição da “sentença surpresa” ou por “terceira via”.

O art. 10 do Novo Código de Processo Civil positivou a proibição de sentença “surpresa” ou sentença de “terceira via”, vedando ao juiz decidir com base em questão não discutida no processo sem antes oportunizar a manifestação das partes a respeito.

Disposição assim não havia no ordenamento processual civil anterior. Porém, há que pensar se tal imposição não é mera decorrência do direito fundamental ao contraditório.

O problema central deste artigo é, pois, analisar a regra em questão, as suas implicações no âmbito do processo e, por fim, se o seu fundamento é apenas legal ou tem assento na ordem constitucional.

2. A proibição da sentença de “terceira via”

Conforme a máxima atribuída a Bulgarus: “*judicium est actus trium personarum, judicis, actoris, rei*”. Se é verdadeiro o brocardo jurídico, de que o juízo se desenvolve com o diálogo entre as partes e o juiz, então é inexorável a ideia segundo a qual se deve vedar qualquer forma de solipsismo processual do magistrado, de modo que cada vez que ele decida conhecer *ex officio* uma questão pertinente ao processo, ou exercer os poderes instrutórios oficiosamente, deve ele conceder às partes a possibilidade de manifestar-se, em respeito ao princípio do contraditório.²

¹ Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Contato: rafael Flach@gmail.com.

² GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto*

É bem verdade que o formalismo processual ideal requer o modelo cooperativo de processo³, em que as partes cooperam com o juiz, assim como o juiz coopera com as partes, na busca do justo desfecho do caso submetido ao debate. Assim, segundo essa concepção, a qual se considera consentânea com o Estado Constitucional⁴, o processo deve se desenvolver mediante constante diálogo entre os sujeitos processuais, de modo a sempre observar o efetivo contraditório.

A colaboração processual impõe ao juiz o dever de submeter ao debate processual toda a questão pertinente e relevante ao julgamento da causa, pois, é bom lembrar, o modelo cooperativo é paritário no desenvolvimento do processo e assimétrico no momento da decisão.⁵ Surge, desse modo, a questão pertinente à sentença surpresa ou “por terceira via”, que se verifica quando o magistrado decide com base em fundamento diverso daqueles discutidos no processo ou, ainda, decide de ofício questão de ordem pública ou inverte o ônus da prova, sem antes oportunizar às partes a manifestação a respeito dessas questões.

Desse modo, consentir às partes que desenvolvam suas próprias defesas não pode consistir no conteúdo de uma mera faculdade discricionária, mas numa verdadeira obrigação do magistrado, o qual não pode se considerar autorizado a prolatar sentenças “surpresa” ou sentenças de “terceira via”.

processuale, Padova: CEDAM, 2010. p. 826.

³ A propósito, cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 89-113; MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011; GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1966. p. 580-609; DIDIER JR., Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, São Paulo: RT, v. 198, ago. 2011. p. 213-25; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação, *Revista dialética de direito processual*, São Paulo: Ed. Dialética, n. 102, set. 2011. p. 62-74; SANTOS, Igor Ratz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, *Revista de Processo*, n. 192, fev. 2011, p. 47-80; BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil, *Revista de Processo*, n. 198, ago. 2011, p. 455-62.

⁴ O Estado Constitucional constitui-se em Estado Democrático de Direito. Entende-se por Estado Constitucional a junção de dois corações políticos: Estado de direito e Estado democrático (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98-100). Como sinteticamente resume Daniel Mitidiero, “para que exista Estado de Direito é preciso que exista *juridicidade, igualdade e segurança jurídica*. A juridicidade visa a constituir o Estado a partir do Direito, tornando-o como medida para sua organização político-social e colocando *todos abaixo* do seu império. A juridicidade do Estado – por conter em si a ideia de Direito – remete à ideia de *justiça*, que de seu turno impõe a necessidade de *igualdade* de todos perante a ordem jurídica. Mas não basta a *juridicidade* para que se conforme o Estado de Direito. Sem *segurança jurídica* esse também não se realiza. [...] Apenas quando esses três elementos se concretizam é que se pode falar em Estado de Direito e, pois, em Estado Constitucional. Para que exista Estado Democrático, impõe-se prestígio à *liberdade* da pessoa e à necessidade de sua *participação* na vida social e no exercício do poder estatal” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012. p. 60-1). É do valor da participação que se extrai o substrato para o modelo de processo cooperativo (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 269).

⁵ MITIDIERO, op. cit., p. 114.



Tal proibição encontra reconhecimento em sistemas processuais de diferentes outros países. Na Alemanha, por exemplo, existe o *Verbot von Überraschungsentscheidungen*, por força do § 139 ZPO⁶, que proíbe que o juiz possa fundar a própria decisão sobre questões ignoradas ou consideradas insignificantes pelas partes, ou sobre aquelas que o mesmo magistrado valora diversamente em relação a estas últimas, senão depois de ter indicado aos litigantes e depois de ter oferecido a eles a oportunidade de desenvolver suas próprias observações.⁷ É o que se denomina, na Alemanha, de direção material do processo (*materielle Prozessleitung*).

Tendo plasmado a figura de um juiz ativo, cuja função não se limita a reconhecer o material fático, jurídico e probatório subministrados pelas partes, o ordenamento alemão impôs ao juiz, igualmente, o dever de advertir ou indicar às partes, oferecendo-lhes a oportunidade de manifestação, acerca de fundamentos ou pontos de vista claramente ignorados por elas, antes de proferir sua sentença. Visa-se a alcançar a justiça do caso concreto.⁸

⁶ “§ 139 Materielle Prozessleitung: (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”. Em vernáculo: “§ 139 – DIREÇÃO MATERIAL DO PROCESSO: (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo adequado suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica da qual a parte não tenha, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Contra o conteúdo dos autos, só é admitida prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder-lhe prazo para posterior esclarecimento por escrito” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1. p. 79).

⁷ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, p. 827.

⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 26-7.

De forma similar, a ordenação francesa, no art. 16 da seção IV do *nouveau code de procédure civile*⁹, veda que o juiz funde sua decisão em fundamentos de direito apreciados de ofício sem haver oferecido previamente às partes a oportunidade de expor suas observações.¹⁰ O ordenamento francês, reconhecendo a máxima *iura novit curia* (art. 12 do *nouveau code de procédure civile*), impõe ao juiz que, ao alterar a qualificação jurídica dos fatos da demanda, ative o contraditório, oportunizando às partes o respectivo diálogo acerca do novo ponto de vista jurídico introduzido na causa.

E, por fim, na legislação italiana, o art. 101, comma 2º, c.p.c.¹¹, acolheu *ex positivo iure* tal aspecto do contraditório, cominando a sanção da nulidade à sentença que julgue “a surpresa”, ou seja, fundada sobre uma questão conhecida de ofício ou não indicada às partes para se manifestarem.¹²

No Brasil, norma desse jaez foi introduzida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

O art. 10 do Novo Código de Processo Civil estabelece: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A regra encontra desdobramentos no art. 493, parágrafo único, e no art. 933 do NCPC.

O art. 493, par. único, prevê: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

O art. 933 estabelece: “Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias”.

Dessa forma, positivou-se a proibição de sentença “surpresa” ou sentença por “terceira via” no ordenamento processual civil brasileiro.

⁹ “Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

¹⁰ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 827.

¹¹ “Art. 101. Principio del contraddittorio. Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”.

¹² GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 827-8.



Porém, tal imposição é mera decorrência do direito fundamental ao contraditório, expressão do valor participação, extraído da própria noção de Estado Democrático de Direito. O juiz, pois, já estava obrigado, não só no processo civil como em qualquer sistema processual, em face do contraditório, a conceder às partes a oportunidade de manifestação a respeito de qualquer questão relevante à decisão do processo. O contraditório apresenta-se, portanto, como fundamento central da regra da proibição da sentença de “terceira via”.

3 O contraditório como fundamento central da regra da proibição da sentença de “terceira via”

A colaboração processual está assentada no direito de participação dos sujeitos processuais. E o contraditório, nessa linha, se apresenta como o valor positivado da participação. O contraditório revela-se, portanto, o fundamento central da regra da proibição de sentença de “terceira via”. Extrai-se do contraditório a regra segundo a qual ao juiz é vedado julgar com base em fundamento não discutido no processo. Adquire relevo o verdadeiro significado do contraditório: o da efetiva participação das partes no processo.

Essa visão dinâmica do contraditório é fruto de uma nova percepção do direito processual. O resgate da dialética como lógica jurídica¹³ revitaliza o sentido problemático do direito.¹⁴ Com efeito, esse novo movimento busca recuperar “o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”.¹⁵

O juízo não se resume ao ato de julgar. Ele compreende a sua formação e esta pressupõe a participação dos sujeitos processuais e, obrigatoriamente, a sua colaboração, guiada pelo contraditório, verdadeiro “strumento di formazione del giudizio”.¹⁶ Há, no processo, uma correspondência entre os seus participantes, que se concretiza mediante a distribuição isonômica de suas posições. E a função do contraditório não se exaure na bilateralidade da audiência. Na verdade, ele constitui a base da busca dialética, conduzida com a colaboração das partes. E essa busca se dirige ao provável e ao razoável, e não ao necessário e inevitável.¹⁷

¹³ A respeito, Alessandro Giuliani, em relevante ensaio sobre o tema, fixa como premissa a lógica dialética (GIULIANI, Alessandro. *Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione*. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25. p. 13-5).

¹⁴ A respeito da temática, vale lembrar que foi Theodor Viehweg quem recuperou o pensamento tópico ou problemático do direito (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 33-5).

¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003. p. 231.

¹⁶ PICARDI, Nicola. *Lesame di coscienza del vecchio maestro*. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1986. p. 542.

¹⁷ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 2003. p. 21-2.

A consequência é que o juiz deve conduzir o processo mediante constante diálogo. Logo, o órgão jurisdicional se vê obrigado a debater e a dialogar. Deve, pois, dirigir o processo de forma isonômica, ou seja, colaborando com as partes, obrigando-se a observar deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio em relação aos contendores.¹⁸ Em outras palavras, o direito ao contraditório é mais do que mera garantia de ouvir e ser ouvido, mas é compreendido também como direito de interferir na cognição do juiz e participar da formação da decisão.

A regra do contraditório, segundo essa concepção, opera-se sobretudo *ex ante*, ou seja, antes da decisão, e não, ao invés, *ex post*, isto é, após a definição do processo. Na verdade, conceber o contraditório apenas após a prolação da sentença distorce o verdadeiro sentido da garantia constitucional em uma inaceitável perspectiva reducionista.¹⁹

E a regra do contraditório impõe ao juiz o papel de garantir o efetivo contraditório. Isso porque apenas mediante o contraditório pode o juiz proferir uma sentença justa.²⁰ Uma sentença que se pronuncia sobre ponto em que não se deu o contraditório não pode ser considerada justa.²¹ Assim, não há dúvida de que a participação das partes favorece a formação da decisão justa, tanto é que, pode-se dizer, onde não há contraditório, não há processo.²²

Enfim, com o surgimento da proibição da sentença de “terceira via”, a partir do contraditório, nasce o dever judicial de oportunizá-lo em todos os casos em que estiver ameaçada a participação das partes no desenvolvimento do processo e na formação da decisão. Em virtude disso, o âmbito de aplicação da exigência de ativação do contraditório deve ser ampliado, a abranger todas as hipóteses possíveis de cognoscibilidade, compreendendo o inteiro espectro de poderes decisórios do juiz, de modo a possibilitar o contraditório das partes sempre que necessário. É dizer: sempre que o juiz considerar relevante algum

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 84. Esclarece Mitidiero do que se trata cada dever. O primeiro dever diz respeito ao esclarecimento acerca de dúvidas que tenha o juiz a respeito das alegações das partes. A prevenção concerne ao dever de o juiz prevenir as partes sobre os perigos do processo, como, por exemplo, a frustração do êxito dos pedidos pelo uso inadequado do processo. A consulta refere-se ao dever de o juiz consultar as partes antes de decidir sobre alguma questão do processo que não tenha sido debatida entre os litigantes. Por fim, o auxílio toca ao dever de auxiliar as partes quando diante de eventuais dificuldades que possam frustrar direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 85).

¹⁹ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 782. Ainda, afirma Ferri, “il reale significato della garanzia stessa deve essere valutato in una ottica precedente e non [...] posteriore alla decisione” (ibidem, p. 783).

²⁰ A propósito do tema da justa decisão, cf. ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1958. p. 844-60; CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio processo scienza verità. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1950. p. 1-22; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de processo*, São Paulo: RT, n. 112, out./dez. 2003. p. 159-76; TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1997. p. 315-28.

²¹ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 782-3 e 790.

²² FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1989. p. 3. Segundo o autor, “il contraddittorio, ch'è il dire e contraddire, sul piede di simmetrica parità, in ordine a tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone, e dei cui risultati – del contraddittorio, intendo – l'autore dell'atto finale non può non tenere conto” (ibidem, p. 2-3).



elemento fático ou jurídico que não tenha sido objeto de prévio contraditório, deverá possibilitar aos litigantes que se manifestem sobre ele.²³

3.1 Contraditório como limite da máxima *iura novit curia*

O juiz está adstrito ao material fático trazido pelo autor, em face do princípio da demanda.²⁴ Contudo, não se vincula ao fundamento jurídico invocado pelo demandante, haja vista o adágio *iura novit curia*.²⁵ Em razão disso, surge o problema de, por ocasião da requalificação do ponto de vista jurídico, o julgador surpreender as partes. Isso porque o fundamento jurídico utilizado pelo juiz como base de sua decisão não foi objeto de discussão entre as partes ao longo do processo.

Ora, tal situação esbarra frontalmente no princípio do contraditório.²⁶ Eis, então, o limite que encontra a máxima *iura novit curia*. Não pode, pois, o julgador requalificar os fatos da demanda sem permitir às partes que discutam sobre o novo ponto de vista jurídico invocado. É o que requer o ideal formalismo processual, que visa tanto à obtenção da justiça do caso concreto quanto à obtenção de um processo justo. É dizer: o juiz deve ser o diretor formal e material do processo.

Isso porque, em vários casos, a mudança da qualificação jurídica pelo juiz macula o direito de defesa.²⁷ Assim, afirma Grasso, “a tutela del diritto di difesa può (e, a nostro

²³ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 837-8.

²⁴ Sobre o tema, conferir CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. 1. p. 303-38; CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2 p. 693-772; DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: AJURIS, n. 46, jul. 1989. p. 97-115; ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

²⁵ Há, contudo, quem defenda que o juiz se vincule à qualificação jurídica, como como Isabel Tapia Fernández (TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. p. 121). Contudo, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o juiz não se vincula aos fundamentos jurídicos do pedido. A propósito, cf. ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 84-5. Ainda, segundo julgado do Supremo Tribunal Federal, “o juiz não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame conforme o pleiteado pelas partes, podendo fazê-lo conforme o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*iura novit curia*)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento n. 794.759/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 13 abr. 2011. DJ 12 mai. 2011).

²⁶ Como bem sustenta Eduardo Grasso, a máxima *iura novit curia* não entra em choque com o princípio dispositivo, mas com o princípio do contraditório (GRASSO, Eduardo. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (coord.). *Commentario del codice di procedura civile*. Torino: Utet, 1973. v. 1. p. 1263).

²⁷ Nas palavras de Junior Alexandre Moreira Pinto, “ao se utilizar o julgador de enquadramento ao ordenamento jurídico de forma diversa ao exposto na inicial, e não discutido na causa, esta nova disposição pode trazer consequências diversas até mesmo na esfera processual, causando surpresa e prejuízo ao réu. A subsunção dos fatos ao plano jurídico representa passagem lógica do raciocínio do julgador para a conclusão e tomada de posição a respeito do assunto. Não pode o réu ser submetido a surpresa com novos argumentos jurídicos que não tenha combatido” (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 86).

avviso, deve) concepirsi il dovere del giudice di proporre alle parti, prima della decisione, la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto, suscitando una discussione sull'applicabilità delle medesime".²⁸

Dentro de uma visão cooperativista de processo, embora ressaltada a liberdade do órgão judicial na valoração jurídica dos fatos, as partes podem e devem contribuir nesse mister.²⁹ Vale dizer: compete ao juiz a qualificação jurídica dos fatos, porém não é apágnio exclusivo dele. O juiz pode, sim, alterar a qualificação jurídica da demanda, desde que, considerado o modelo cooperativo, ative o contraditório, oportunizando às partes a respectiva manifestação.³⁰

O que não se pode conceber é, na verdade, que as partes sejam surpreendidas. Nas palavras de Alvaro de Oliveira, o tribunal deve "dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo". Isso significa que a liberdade que o julgador detém na eleição da norma a aplicar, consubstanciada na máxima *iura novit curia*, não dispensa a prévia oitiva das partes acerca do novo ponto de vista imprimido ao processo. O que se pretende preservar é o princípio do contraditório.³¹

Concluindo este tópico, a problemática está muito mais ligada ao interesse público do que ao interesse das partes. Isso porque qualquer surpresa ou inesperado acontecimento só diminui a confiança do cidadão na administração da justiça, o que acaba deslegitimando o Poder Judiciário perante a sociedade civil.³² A cooperação, portanto, sobreleva-se à "autêntica garantia de democratização do processo", impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da máxima *iura novit curia* se transformem em "instrumento de opressão e autoritarismo", que podem servir, às vezes, "a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso".³³

²⁸ GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967. p. 121.

²⁹ E adverte Alvaro de Oliveira: "Investigação dessa espécie de modo nenhum pode constituir, hoje, labuta exclusiva do órgão judicial. Entendimento contrário significaria transformar o juiz numa máquina, pois, como já se ressaltou com agudeza, dentro de uma concepção puramente silogística o juiz diria às partes *date mihi factum* e às leis *date mihi jus* e, recebidos tais elementos, emitiria a decisão com mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224).

³⁰ Ao contrário do que sustenta Junior Alexandre Moreira Pinto, a liberdade do juiz em alterar a qualificação jurídica decorre da máxima *iura novit curia*, mas encontra limites no contraditório, que impõe ao juiz o dever de propiciar às partes a discussão a respeito da nova perspectiva jurídica. De acordo com a linha de pensamento desenvolvida por Moreira Pinto, "a razão pela qual, em determinadas circunstâncias está o juiz autorizado a modificar o enquadramento jurídico da demanda, repousa na observância do direito ao contraditório, e não na regra *iura novit curia* (PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007. p. 88).

³¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 225-6.

³² Sobre o tema, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei nº 9.784/99). *Revista de direito administrativo*, Porto Alegre, v. 237, n. jul./set. 2004. p. 271-315.

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 226.



3.2 Contraditório e as questões de ordem pública

Na Itália, o tema provocou certa discussão doutrinária, em torno da previsão do art. 183, 2º comma, do *Codice di Procedura Civile* italiano, que estabelece que o juiz indique às partes “le questioni rilevabili d’ufficio, delle quali ritiene opportuna la trattazione”. A doutrina divergiu em relação a ser um dever ou uma faculdade do juiz tal previsão legal.³⁴

Essa última orientação foi rebatida, principalmente, por Andrioli e Denti, que defendiam a existência de uma vinculação no exercício dos poderes decisórios do juiz, cuja inobservância acarretaria a nulidade da sentença que violasse o contraditório, toda vez que o juiz não houvesse oportunizado às partes desenvolverem suas defesas em torno de questões prejudiciais referentes ao processo e questões preliminares de mérito conhecíveis de ofício.³⁵

Juntou-se a eles, a partir de “ampla e documentada monografia” (*Contraddittorio e poteri decisorii del giudice*), Corrado Ferri, que, sintetizando a intermédia elaboração doutrinária e indicando, particularmente, as contribuições de Grasso, Montesano, Taruffo e Tarzia, alargou praticamente as hipóteses de nulidade, pela ausência do devido estímulo ao exercício de defesa, a toda sentença baseada em questões conhecidas de ofício.³⁶

Partindo de outra perspectiva, embora visando ao mesmo resultado, defendeu Grasso que a obrigação de o juiz ativar o contraditório em relação a questões conhecíveis de ofício decorre do princípio da leal colaboração entre as partes e o juiz³⁷, o que, na verdade, não parece de todo estranho à exigência de salvaguardar o correto desenvolvimento do contraditório no processo.³⁸

Na verdade, não parece necessário demonstrar que o juiz deva ativar o contraditório em relação a qualquer questão conhecível de ofício que possa influenciar sua decisão final, pelo simples fato de que o contraditório e a participação das partes estariam violados, caso procedesse de forma contrária.

³⁴ DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1968. p. 217. Segundo Marco Gradi, antes da reforma que introduziu a atual redação do art. 101, comma 2º, do CPC italiano, e até o *revirement* de 2001, a Cassação Civil era contrária a pronunciar a nulidade da sentença “surpresa”, considerando irrelevante, ao final do rito da decisão, a falta de ativação do contraditório sobre questão tardiamente conhecida de ofício. Em particular, argumentando que o art. 183, comma 2º, do CPC italiano, previa simplesmente uma faculdade do juiz de sobrelevar à discussão as questões conhecíveis de ofício que entendesse oportunas ao debate, considerava-se que o juiz tivesse uma mera faculdade em tal sentido, e não uma obrigação censurável com o vício *in procedendo* (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 828-9).

³⁵ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 829.

³⁶ CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 572.

³⁷ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 1966. p. 608; *Idem*. *La pronuncia d’ufficio*. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967. p. 121.

³⁸ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 830.

Por estarem latentes no processo, as questões de ordem pública também merecem ser salvaguardadas pelo contraditório. Mesmo podendo ser conhecidas de ofício, o juiz, em respeito ao contraditório, que consubstancia a participação inerente ao Estado Constitucional, deve oportunizar às partes a manifestação acerca das questões de ordem pública.

Isso porque o juiz, desenvolvendo o diálogo, coloca-se no mesmo nível das partes. Assim, à tradicional construção triangular se substitui uma perspectiva de posições paralelas. As atividades dos sujeitos processuais, em última análise, tendem a se identificar, transformando-se em uma única força de operação (*unus actus*) que penetra na matéria *sub judice* em busca da verdade alcançável.³⁹

A consequência disso é que a decisão recebe maior legitimação, pois é construída não isoladamente, mas a partir do diálogo e da colaboração das partes. A reflexão do juiz é solidificada, pois ele decide considerando o ponto de vista de ambas as partes.

3.3 Contraditório e a inversão do ônus da prova

A extensão da proibição de surpreender as partes, por ocasião da decisão final, alcança, ainda, a disciplina do ônus da prova.

A distribuição do ônus da prova objetiva, primeiro, estruturar a atividade probatória das partes (função subjetiva) e, segundo, possibilitar que o juiz, na insuficiência de provas, decida a causa, na medida em que é defeso o *non liquet* (função subjetiva). A primeira constitui regra de instrução; a segunda, regra de julgamento.⁴⁰

A distribuição do ônus da prova pode se dar de forma fixa ou dinâmica. A primeira ocorre quando a legislação estabelece o que as partes deverão provar. Assim, o art. 373 do NCPC define que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu, a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A legislação, ainda, de modo a facilitar a defesa de determinada posição jurídica da parte, pode possibilitar a inversão do ônus da prova em certas oportunidades. A inversão ocorre sempre *ope judicis*, pois, quando a lei distribui o ônus da prova de forma diversa da tradicional, o que se tem é simples atribuição de ônus da prova, e não inversão.⁴¹

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, por exemplo, permite essa inversão, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, de forma a facilitar a defesa dos direitos básicos do consumidor.

O Novo Código de Processo Civil inova igualmente ao introduzir a regra do art. 373, § 1º, do CPC: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas

³⁹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1966. p. 609.

⁴⁰ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 86.



à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Além de a decisão que inverte o ônus da prova dever ser motivada (art. 93, IX, da CRFB), outro requisito para a sua inversão é a possibilidade de prova pela parte onerada pela inversão. Vale dizer, a prova da alegação pela parte onerada não pode ser diabólica, ou seja, impossível ou de difícil produção.⁴² A nova legislação, inclusive, no § 2º do art. 373 estabelece essa vedação: “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

A distribuição dinâmica do ônus da prova ou a dinamização do ônus probatório, por sua vez, constitui a delegação ao juiz do dever de estabelecer o encargo probatório em razão do caso concreto. O juiz, nesse caso, fixará o ônus da prova a quem detiver melhores condições e maior aptidão para produzi-la.⁴³

Muitas vezes a prova se torna diabólica para uma das partes, pois apenas a parte contrária tem condições ou aptidão de produzi-la. Nesse caso, em virtude do direito fundamental ao processo justo, impõe-se a dinamização do ônus probatório, de modo que o encargo recaia sobre a parte que reúne condições de melhor produzi-la.

Por força da máxima *iura novit curia*, pode o juiz entender que se aplique qualificação jurídica diversa da invocada pela parte. É o caso, por exemplo em que se muda o título da responsabilidade, de contratual para extracontratual, ou vice-versa, com óbvia consequência em matéria de ônus da prova.⁴⁴

Ainda, há situações em que se afigura necessária a inversão do ônus da prova ou a sua dinamização em virtude da especificidade do caso concreto. Nesses casos, o juiz se depara com uma situação especial em que uma das partes está em melhores condições e detém maior aptidão de produzir a prova.⁴⁵

⁴² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 88.

⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2. p. 89.

⁴⁴ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 838.

⁴⁵ A respeito do tema da dinamização do ônus da prova, discorre Daniel Mitidiero: “Deveras, à vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar (tal como está no art. 333, CPC). Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual, implicar direito fundamental à prova, de dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Cumprirá o órgão judicial, dessarte, com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 127). Consultar, ainda, a importante obra de CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Assim, em todas essas situações, em respeito ao contraditório e, por consequência, em razão da proibição da sentença de “terceira via”, de modo a não surpreender as partes, deverá o julgador comunicá-las a respeito, oportunizando, desse modo, a efetiva manifestação das partes.

A decisão deverá ser motivada, em razão do art. 93, IX, da Constituição da República. Além disso, a decisão deverá ocorrer *ex ante*, ou seja, antes da instrução, porquanto constitui a inversão ou a dinamização do ônus da prova regra de instrução, e não regra de julgamento.

3.4 Contraditório e a regra da eventualidade

Em decorrência da necessária ativação do contraditório, poderá ocorrer de as partes necessitarem, em algumas hipóteses, precisar a própria demanda e defesas, ou ainda indicar novos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. Talvez, ainda, surja a necessidade de produzir-se documentos novos, de realizar requerimentos instrutórios e assim por diante.⁴⁶

O necessário respeito ao princípio do contraditório impõe que se consinta às partes a possibilidade de desenvolverem completamente as próprias defesas em consequência do surgimento de novas questões não antes colocadas no confronto dialético e, em particular, de permitir a elas alegarem novos fatos, produzirem posteriores documentos, deduzirem outros meios de prova, modificarem a demanda e exceções já formuladas.

Trata-se de decorrência lógica do princípio do contraditório, principalmente a partir do momento em que se torna obrigatório consentir às partes a possibilidade de se manifestarem inclusive sobre questões não discutidas no processo e que poderão influir ou fundar a decisão. Aliás, seria um contrassenso consentir às partes que reagissem ao “*rilievo officioso*” sem possibilitar que desenvolvessem completamente suas defesas. Nas palavras de Marco Gradi, “consentire soltanto una difesa ‘monca’ equivale, per lo meno in alcuni casi, a non consentire alcuna difesa”.⁴⁷

Desse modo, sobreleva-se a necessidade de mitigar a regra da eventualidade no processo, possibilitando às partes exercerem efetivamente o contraditório.⁴⁸

⁴⁶ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 838.

⁴⁷ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 834-6.

⁴⁸ A propósito da regra da eventualidade, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, “na sua versão mais rigorosa a máxima importa a concentração de atos processuais e declarações de vontade tanto do autor quanto do réu, inclusive de natureza diversa e até incompatíveis entre si, a serem consideradas na eventualidade de não acolhida a anterior, determinando inclusive, independentemente da natureza da ação aforada, a precisa indicação na petição inicial da *causa petendi* remota e próxima”. Ainda, afirma o autor, “a concentração de atos processuais, decorrente da aplicação da regra da eventualidade, representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo. Constitui, não há dúvida, proteção contra a chicana, a demora e a ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso do tempo. Todavia, implica também o risco da exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.



É de se observar, contudo, o óbice do 329 do Novo Código de Processo Civil, que estabelece marco definidor da estabilização da demanda, quando, após o saneamento do processo, o objeto litigioso do processo não mais poderá ser alterado. A regra é anacrônica frente ao contexto cultural do Estado Constitucional, pois ignora os direitos fundamentais da razoável duração do processo e do processo justo. Perdeu-se a oportunidade, com a edição do novo código, de alterar a velha regra do art. 264 do CPC de 1973. Impende, pois, sua alteração via reforma legislativa, de modo a possibilitar que a demanda e a defesa sejam modificadas, sempre que o contraditório for ativado.

4 A nulidade da sentença de “terceira via”

A polêmica acerca da nulidade da sentença que se funda em questões não discutidas pelas partes no processo e, portanto, que violaria o contraditório, foi bastante discutida pela doutrina italiana.

Aliás, o principal opositor da tese da nulidade da sentença “supresa” foi Sergio Chiarloni, que a considerava um pernicioso caso de “*formalismo delle garanzie*”, fruto de uma verdadeira “*involuzione culturale*”. Dizia que as garantias constitucionais do processo estavam sendo vistas e celebradas por si mesmas, com indiferença soberana ao contexto e aos escopos principais do processo.⁴⁹

Embora admita que o juiz não detenha ampla liberdade de usar seus poderes decisórios oficiosamente⁵⁰, afirma que não é lícita a imposição de sanção de nulidade à sentença que se funde em questão conhecida de ofício não discutida anteriormente. Chiarloni vê, pois, o problema sob uma ótica posterior à decisão. E afirma:

se la sottoposizione alle parti ad opera del giudice non costituisce mai una condizione necessaria per l'esplicazione del diritto di difesa sulla questione rilevabile d'ufficio [...], mi sembra lecito affacciare la conclusione che la mancata sottoposizione non può indurre nullità della sentenza per trasgressione del principio del contraddittorio.⁵¹

230 e 232). Sobre o tema, cf., ainda, MILLAR, *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução por Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 96-7; RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SEGNI, Antonio. Il principio di eventualità. In: _____. *Scritti giuridici*. Torino: UTET, 1965. v. 1; TESORIERE, Giovanni. *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1983.

⁴⁹ CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 570.

⁵⁰ Afirma o autor que se o problema se coloca sob a ótica precedente à decisão, ou seja, antes de sua prolação, parece, sem dúvida, o momento de colocar, entre os deveres (não discricionários, mas obrigatórios) de um juiz que preside um processo bem ordenado e endereçado a emanção de provimentos justos, aquele de indicar às partes, a fim de aprofundarem, na mútua dialética processual, todas as questões conhecíveis de ofício, sejam atinentes a *quaestio facti*, sejam atinentes a *quaestio iuris*. É de fato claro, continua o autor, que também sobre tais questões, o contraditório pode ser de grandíssimo auxílio para que o juiz se encaminhe a dar a correta solução. Todavia, obtempera Chiarloni, as coisas mudam de figura se se coloca o problema sob uma ótica posterior à decisão. (CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 573-5).

⁵¹ CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 578.

Chiarloni não considera, portanto, como condição necessária ao direito de defesa que o juiz submeta às partes as questões conhecíveis de ofício. Além disso, entende que a indicação pelo juiz dessas questões não é inerência direta do contraditório, vindo apenas em segundo lugar, ou seja, para remediar uma carência imediatamente imputável às partes. Na verdade, em se tratando do dever de solicitar a prévia discussão sobre questões que pertencem ao patrimônio do *comune sapere* de todos os sujeitos do processo, afirma Chiarloni, o princípio que vem em consideração é o da colaboração do juiz com as partes, cuja transgressão não comporta a nulidade da sentença.⁵²

Ferri rebateu as críticas de Chiarloni e defendeu que a garantia ineliminável da efetividade do contraditório não pode ser entendida reduzidamente segundo uma ótica posterior à decisão, centrada exclusivamente sobre sua injustiça, enquanto o correto desenvolvimento do processo é, na realidade, necessário para se obter uma decisão justa.⁵³ Na verdade, afirma Ferri, a premissa pela qual se move Chiarloni deforma o verdadeiro significado da regra do contraditório, que opera e deve operar-se sobretudo *ex ante*, ou seja, antes da decisão; considerá-la, ao invés, *ex post*, acaba distorcendo o sentido da garantia constitucional em uma inaceitável perspectiva reducionista.⁵⁴

Contudo, continua Ferri, nem toda violação ao contraditório relativa a qualquer fundamento de fato ou de direito comporta a nulidade da sentença, mas apenas aquela violação que efetivamente priva a parte da faculdade de se defender em relação a fundamento de fato ou de direito relevante para a decisão. Entendido o contraditório como aquele método realmente indispensável à formação dialética da decisão, a nulidade da sentença não subsiste se o contraditório se destina a discutir elementos irrelevantes para a sua formação. Portanto, o critério idôneo a delimitar a área da nulidade é aquele que diz com a relevância da questão ou do ponto decidido sem o respectivo contraditório. Enfim, a relevância subsiste se o ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou direito fundamental à decisão.⁵⁵

Desse modo, a norma que impõe a sanção de invalidade contém, também, a enunciação de um dever positivo do juiz, ou seja, o de garantir o contraditório no processo. Realmente, ao limitar o exercício do poder de decidir, a norma configura o dever de ad-

⁵² CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". *Rivista di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 578.

⁵³ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 830. Ver, *supra*, nota 107.

⁵⁴ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 782. Ainda, afirma Ferri, "il reale significato della garanzia stessa deve essere valutato in una ottica precedente e non [...] posteriore alla decisione" (*ibidem*, p. 783).

⁵⁵ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 784. No mesmo sentido, afirma Marco Gradi que não haverá nulidade quando a questão conhecida de ofício não influenciar a decisão. Desse modo, não basta alegar a violação genérica ao direito de defesa, é necessário indicar em concreto qual atividade defensiva deixou de ser desenvolvida. Além disso, a parte deve ter interesse em que a nulidade seja declarada, ou seja, não é possível que seja decretada a nulidade da decisão "a sorpresa" se a parte não lamenta em concreto a falta do exercício de uma específica faculdade processual (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, p. 840-2).



vertir as partes quanto ao específico objeto do contraditório e de provocá-lo ativamente. Sob esse aspecto, não parece exaustivo colocar o problema em termos de mera *utilidade* da sanção. Assim, se o juiz, em geral, observa o dever a ele imposto, a inobservância, que dá lugar à sanção de invalidade, deve se dar apenas em via de exceção.⁵⁶

E cumpre destacar que o princípio da taxatividade não impede a invalidade da decisão, na medida em que a nulidade decorre da violação do contraditório, sendo considerada, pois, uma nulidade extraformal.⁵⁷ Nesse sentido, também, observam Edoardo F. Ricci⁵⁸ e Luigi Paolo Comoglio⁵⁹ que a nulidade decorrente da violação do contraditório é extraformal, prescindindo, portanto, de expressa previsão legal.

Assim, na ausência de norma que preveja a nulidade da sentença que não oportuniza o contraditório em relação à questão fundamental para a decisão do processo, a caracterizar um vício *in procedendo* e uma verdadeira e própria nulidade formal, constrói-se o entendimento de que a simples violação ao contraditório já é suficiente a invalidar a sentença dita “surpresa”, por consistir tal violação uma nulidade propriamente chamada de extraformal.⁶⁰

⁵⁶ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1988. p. 789. Afirma, ainda, Corrado Ferri: “Ocorre ben distinguere tra il dovere del giudice di garantire il contraddittorio – ela correlativa affermazione di diritti delle parti – dalla conseguenza della sua violazione: non si può ridurre il significato della garanzia a quest'ultimo aspetto, poichè non è affatto *inutile*, se opera come sanzione deterrente ossia per indurre il giudice a rispettare il contraddittorio prima di decidere” (ibidem, p. 782). Em sentido contrário, defende Sergio Chiarloni: “Sul piano dell'appello, appare subito chiaro che la censura relativa alla mancata attivazione del contraddittorio non può essere di alcuna utilità per il soccombente, qualora costui non abbia motivo di lamentare la sostanziale ingiustizia della sentenza impugnata (CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffrè, 1987. p. 580).

⁵⁷ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 836.

⁵⁸ RICCI, Edoardo F. La sentenza *della terza via* e il contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 750. Afirma o autor: “il principio della tassatività delle nullità riguarda le nullità così dette *formali*, non anche le nullità così dette *extraformali*; e le nullità discendente dall'avvenuta violazione del principio del contraddittorio come garanzia fondamentale è (almeno in linea di massima) *extraformale*. Il carattere di garanzia fondamentale, che è propria del principio del contraddittorio, per l'appunto a questo deve condurre: alla nullità della sentenza in caso di violazione, anche quando non siano ravvisabili vizi formali nella decisione stessa o nel corso del procedimento” (*loc. cit.*).

⁵⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Terza via* e processo giusto. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 755. Conforme o autor: “la violazione del principio del contraddittorio si inquadra fra le nullità c.d. *extraformali*, nei cui confronti i principi consacrati nel cit. art. 156 (eccezion fatta, forse, per quello di *chiasura*, sancito nel comma 2º) non sono direttamente invocabili. Possono, dunque, ben configurarsi – come si sostiene, pacificamente, anche in altri ordinamenti (tanto di *civil*, quando di *common law*) – nullità non testuali (o, se si preferisce, virtuali), geneticamente derivanti da garanzie costituzionali (quali sono, appunto, quelle a presidio della difesa e del contraddittorio), i cui effetti, a prescindere da qualsiasi sanzione testuale prevista da norme ordinarie, sono di per sé cogenti e inderogabile per tutti (ed, in particolare, per i giudice, funzionalmente sottoposti al principio di legalità)” (ibidem, p. 755-6).

⁶⁰ A propósito, afirma Marco Gradi que toda vez que não se oportunizar um contraditório efetivo, verificar-se-á um vício *in procedendo*, caracterizador de uma “vera e propria nulità ‘formale’ del procedimento”, pois, “secondo un'altra e più condivisibile prospettiva, alla regola di cui all'art. 156, comma 2º, c.p.c., che invero sancisce la nullità dell'atto processuale comunque privo dei ‘requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo’” (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. *Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 836-7). Aliás, ressalta Comoglio que “laddove lo si legga *in positivo*, il divieto di pronunzia delle c.d. *sentenza a sorpresa*, basate como si diceva sull'opzione del giudice per una *terza via* (comunque diversa da quella che ciascuna delle parti ebbe a tracciare in contraddittorio con l'altra), si traduce – in alcuni sistemi di *civil law* a noi particolarmente vicini – in un preciso *dovere* del giudice (la cui inosservanza è deducibile) di provocare preventivamente il contraddittorio pieno delle parte su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisoria, che egli ritenga di rilevare d'ufficio, riservandosi poi di porla a fondamento della successiva sua pronunzia”

5 A proibição da sentença de “terceira via” como direito fundamental associado

Na busca por critérios para definir o que faz uma disposição ser um direito fundamental, Robert Alexy afirma que são três os critérios capazes de defini-lo: material, estrutural e/ou formal. Um critério que associa aspectos materiais e estruturais, concebido por Carl Schmitt, define os direitos fundamentais como aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado. E mais, tem como estrutura a dos direitos individuais de liberdade. Segundo, ainda, Alexy, tal conceituação possui inconvenientes, pois pressupõe uma determinada concepção de Estado, sendo incerto que tal concepção seja a concepção de determinado país, como, no caso de Alexy, a Alemanha. Por isso, prefere o autor o critério formal, segundo o qual um direito fundamental é definido pela forma de sua positivação. É dizer: as disposições de direito fundamental são aquelas concebidas pela Constituição como normas de direito fundamental.⁶¹

Contudo, indaga-se Alexy se o conceito adotado não é um tanto estreito. Na verdade, demonstra Alexy que as normas de direito fundamental possuem, em geral, conteúdo indeterminado. E a indeterminação é de duas espécies: semântica e estrutural. É semântica em relação aos termos; e estrutural em relação à forma de implementação das disposições. Em razão disso e a partir de um processo de “refinamento”, é possível construir normas que precisam as normas de direito fundamental estabelecidas pelo texto constitucional, sendo, assim, a elas associadas. Logo, conclui Alexy que as normas de direito fundamental podem ser divididas em dois tipos: normas de direito fundamental previstas no texto constitucional e normas de direito fundamental associadas.⁶²

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, § 2º, estatui que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Como assevera Luiz Guilherme Marinoni, “essa norma permite, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, que outros direitos, ainda que não expressamente previstos na Constituição e, por maior razão, não enumerados no Título II, sejam considerados direitos fundamentais”.⁶³

Como se percebe, a Constituição “institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material”.⁶⁴ Com efeito, a “fundamentalidade material [...] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. Essa noção permite, pois, “a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não

(COMOGLIO, Luigi Paolo. *Terza via e processo giusto. Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, 2006. p. 758).

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 66-9.

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 69-73.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 130.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 130.



constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal”⁶⁵

A par disso, o exercício que aqui se pretendeu engendrar é o de estabelecer, a partir das lições de Robert Alexy, que a proibição de o juiz surpreender as partes na decisão ou de prolatar sentença de “terceira via” decorre diretamente do direito fundamental ao contraditório e, portanto, a ele se associa. Isso porque a disposição constitucional que garante o contraditório tem em seu conteúdo certa indeterminação (tanto semântica quanto estrutural). Indaga-se: qual o significado do termo “contraditório”; como essa garantia se implementa? Essas indagações são respondidas (e procurou-se respondê-las ao longo do artigo) por meio do refinamento que a norma de direito fundamental recebe, cujo resultado parece ser o estabelecimento da regra da proibição da sentença de “terceira via” como direito fundamental associado.

Conclusão

O contraditório apresenta-se como fundamento central da regra da proibição da sentença de “terceira via”, adquirindo relevo seu verdadeiro significado: de efetiva participação das partes no processo.

Amplia-se, assim, o campo de aplicação da exigência de ativação do contraditório ao inteiro espectro de poderes decisórios do juiz, de modo a possibilitar, sempre que necessário, o contraditório das partes no processo.

Pontualmente, a primeira manifestação da proibição da sentença de “terceira via” repousa na necessidade de ativação do contraditório, nas hipóteses de requalificação jurídica da demanda, em razão da máxima *iura novit curia*.

Além disso, deve o juiz possibilitar o exercício do contraditório, mesmo em relação às questões de ordem pública, não consistindo tal proceder mera faculdade do julgador.

A extensão da proibição de surpreender as partes alcança, ainda, a disciplina do ônus da prova. Assim, sempre que houver sua inversão ou dinamização, o contraditório deverá ser oportunizado.

Em decorrência da necessária ativação do contraditório, poderão as partes modificar a própria demanda e as defesas, flexibilizando, dessa forma, a regra da eventualidade, ressalvado o óbice do art. 329 do Novo Código de Processo Civil, que precisa ser revisto pelo legislador infraconstitucional, diante do contexto cultural do Estado Constitucional, que impõe, principalmente, a observância do direito à duração razoável do processo e do direito ao processo justo.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 75.

A sentença que viola o contraditório é nula. Porém, apenas comporta a nulidade da sentença aquela violação que efetivamente priva a parte de se defender em relação a fundamento relevante para a decisão.

Por fim, considerando o direito fundamental ao contraditório e a partir das lições de Robert Alexy, constrói-se regra da proibição da sentença de “terceira via” como verdadeiro direito fundamental associado ao contraditório.

A proibição de o juiz surpreender as partes ou de prolatar sentença de “terceira via” decorre, pois, diretamente do direito fundamental do contraditório e, portanto, a ele se associa.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004. p. 89-113.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil, **Revista de Processo**, n. 198, ago. 2011, p. 455-62.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1962. v. I.

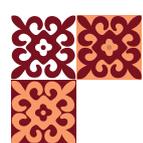
CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: **Studi In Onore Di Enrico Redenti Nel XL Anno Del Suo Insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951. v. 2 p. 693-772.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle



- garanzie”. **Rivista di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1987. p. 569-84.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. **Terza via e processo giusto**. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 2006. p. 755-62.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (lei nº 9.784/99). **Revista de direito administrativo**, Porto Alegre, v. 237, n. jul./set. 2004. p. 271-315.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: AJURIS, n. 46, jul. 1989. p. 97-115.
- DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1968. p. 217-31.
- DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- _____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo**, São Paulo: RT, v. 198, ago. 2011. p. 213-25.
- FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1989. p. 1-11.
- FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1988. p. 780-95.
- GIULIANI, Alessandro. Logica del diritto: b) teoria dell'argomentazione. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1975. v. 25. p. 13-34.
- GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 2010. p. 826-48.
- _____. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 186, ago. 2010. p. 109-60.
- GRASSO, Eduardo. Dei poteri del giudice. In: ALLORIO, Enrico (coord.). **Commentario del codice di procedura civile**. Torino: Utet, 1973. v. 1.
- _____. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1966. p. 580-609.
- _____. **La pronuncia d'ufficio**. La pronuncia di merito. Milano: Giuffrè, 1967.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. Da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Pressupostos sociais, lógicos e étici-



cos. São Paulo: RT, 2009.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. **Iura novit curia**. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 2003. p. 7-22.

_____. L'esame di coscienza del vecchio maestro. **Rivista di diritto processuale**, Padova: CEDAM, 1986. p. 536-43.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: RT, 2007.

RICCI, Edoardo F. La sentenza **della terza via** e il contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, 2006. p. 750-4.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Igor Ratz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil, **Revista de Processo**, n. 192, fev. 2011, p. 47-80.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGNI, Antonio. Il principio di eventualità. In: _____. **Scritti giuridici**. Torino: UTET, 1965. v. 1.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. **El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada**. Madrid: La Ley, 2000.

TESORIERE, Giovanni. **Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile**. Padova: CEDAM, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e Partes dentro de um Processo Fundado no Princípio da Cooperação. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo: Ed. Dialética, n. 102, set. 2011. p. 62-74.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.