

# A DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A SUA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO TRABALHISTA

Júlio Bernardo do Carmo\*

## 1 – JURISDIÇÃO E DECISÃO SURPRESA

A ideia do termo “jurisdição” já implica em certa medida que as partes envolvidas em determinado litígio, uma vez tendo recorrido ao Estado-Juiz para dirimir sua pendência, sejam tratadas com igualdade e com isenção de ânimo, pois é da essência do Estado Democrático de Direito que a jurisdição para alcançar seus principais desideratos, dentre eles a igualdade entre os litigantes (isonomia processual) e a imparcialidade do órgão julgador (equidistância do Estado-Juiz em relação ao dissídio), deve observar em sua estrutura uma série de requisitos rígidos e inafastáveis.

A primeira noção de jurisdição é a de que representa o monopólio estatal de dizer o direito (*juris – dictio*) aplicável aos casos concretos levados à sua apreciação, ocasião em que, ao julgar a lide, o juiz faz incidir a regra de direito objetivo que possa, com ou sem caráter de definitividade, resolver o conflito intersubjetivo de interesses existente entre as partes.

A jurisdição existe porque somente o Estado-Juiz pode, através do processo, resolver os conflitos de interesses existentes entre as partes, autêntico monopólio, já que a lei não autoriza que as partes possam fazer ou alcançar a justiça com as próprias mãos, atitude repudiável que corporifica o delito de exercício arbitrário das próprias razões, ressalvadas as raras exceções legais (legítima defesa, art. 188, I, do CC), o desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1º, do CC) e a apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC).

Esta ideia que enfatizamos acima de que a jurisdição implica tratamento igualitário, respeitoso e isento quando do exame das pretensões de direito material deduzidas em juízo pelas partes encontra-se explicitamente exposta por Cândido Rangel Dinamarco, quando enfatiza:

---

\* Desembargador e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

## DOCTRINA

“Em todos os povos, mas notadamente no Estado de Direito, é natural que o exercício da jurisdição se submeta a um complexo conjunto de regras jurídicas destinadas ao mesmo tempo a assegurar a efetividade dos resultados (tutela jurisdicional), a permitir a participação dos interessados pelos meios mais racionais e definir e delimitar a atuação dos juízes, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos.

Essas regras impostas pelo Estado de modo imperativo são regras de direito e vinculam todos os sujeitos do processo.

Elas integram o direito processual, como ramo do ordenamento jurídico nacional.

Observá-las é dar efetividade a um valor muito exaltado no Estado Democrático moderno, que é o devido processo legal, sistema constitucional e legal de disciplina e de limitações do exercício do poder.”<sup>1</sup>

Dentre as características da jurisdição, além da substitutividade, da lide e da definitividade, assume importante relevo jurídico para o estudo do presente artigo doutrinário o chamado princípio da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) associado que é ao princípio da demanda (ação judicial) e tem o sentido de que a movimentação inicial da jurisdição está entregue à livre-iniciativa das partes, só agindo o Estado-Juiz mediante tal provocação, muito embora a legislação processual civil em um ou outro caso permita que o Juiz aja de ofício.

Assim, o ajuizamento da ação judicial como medida provocadora de jurisdição depende da iniciativa da parte interessada, o que é salutar porque quando o juiz se engalfinha no litígio tomando a iniciativa ele próprio de instaurar a ação, retira-se da parte a oportunidade de avaliar qual seria o melhor momento para acionar o Estado-Juiz; sacrifica-se igualmente a possibilidade de que o conflito social possa ser resolvido por outros meios alternativos e, por fim, compromete-se a própria imparcialidade do magistrado, já que para instaurar de ofício o processo o mesmo naturalmente elabora um juízo prévio de prelibação de mérito, correndo-se o risco de que a balança da justiça possa pender mais para o lado de uma das partes, ou seja, aquela que ostenta a plausibilidade da existência do direito material deduzido em juízo.

Ora, se as partes é que ordinariamente devem tomar a iniciativa de ajuizar a ação judicial, provocando com o processo a manifestação da jurisdição, mostra-se lógico raciocinar que elas tenham durante todo o desdobramento do procedimento a oportunidade de dialogar constantemente com a parte contrária

---

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. v. I. p. 37.

e até mesmo com o Juiz para que, resguardado seu direito de influenciar no possível resultado da sentença, tenham afinal melhor confiança no resultado que vier a ser impresso à demanda.

Este é o sentido e o alcance dos princípios constitucionais que informam o processo judicial, dentre eles o do contraditório e o do devido processo legal, os quais se cuidadosamente observados pelo Estado-Juiz podem sim evitar a emissão de uma decisão surpresa, também denominada de decisão de terceira via.

## 2 – DECISÃO SURPRESA-CONTRADITÓRIO-PREVISÃO NO NOVO CPC

Chegamos assim ao ponto nuclear da presente exposição, ou seja, saber como é tratada a decisão surpresa no novo CPC de 2015 e se os dispositivos que a regulamentam tem ou não aplicação subsidiária no processo do trabalho.

O novo Código de Processo Civil consagra a observância obrigatória do princípio constitucional do contraditório, em qualquer grau de jurisdição, em estreita consonância com os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, embora abra exceções a este princípio, como se deduz do parágrafo único e incisos do seu art. 9º.

Reza o art. 9º do novo CPC de 2015 que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, sendo que o art. 10 bem mais incisivo dispõe, por sua vez que: “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade para se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

E o parágrafo único do art. 9º do CPC enuncia que o disposto no *caput* do art. 9º não se aplica: I – à tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III; e III – à decisão prevista no art. 701.

## 3 – A DECISÃO SURPRESA NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO EUROPEIA

Os artigos marginados serão comentados oportunamente sendo que por ora nos restringimos a mencionar onde o legislador brasileiro foi se inspirar para consagrar em nosso ordenamento jurídico processual civil o princípio da vedação de emissão de decisão surpresa, igualmente conhecida como decisão de terceira via.

A Alemanha e outros países europeus adotam igual procedimento (vedação da decisão surpresa – *Verbot der Überraschungsentscheidungen*), sendo

que na legislação processual tedesca é denominado de *Einwirkungsmöglichkeit*, conforme previsão no art. 278, inciso II, do Zivil Prozess Ordnung – ZPO, isto desde 1976, cuja ideia central é sempre que possível preservar o princípio do contraditório, em sua forma mais moderna (pós-positivista e neoconstitucionalista) de garantir a influência das partes sobre as decisões dos magistrados ou mesmo assegurar-se a possibilidade de que a parte tenha efetivamente uma participação preventiva sobre o diálogo processual.

Este cuidado evita que nulidades processuais sejam arguidas por não se ter oportunizado às partes o direito de manifestação sobre questões de fato ou de direito que sirvam de lastro à sentença de mérito.

Ainda que seja lugar comum afirmar-se que “a Corte conhece o direito” (*Jura novit Curia*), o conhecimento do direito pelo juiz não obsta o diálogo processual das partes, dialeticamente contraposto, cujo desiderato maior é alcançar uma decisão de mérito que tenha como pressuposto processual a efetiva e igualitária participação das partes no processo, sendo ambas tratadas sempre com isonomia e equidistância, assegurando-se que elas possam ostentar durante todo o desdobramento do procedimento a desejada paridade de armas.

Similarmente, a ZPO alemã prevê, no parágrafo 139, “que o órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido oportunidade de se manifestar em relação à mesma” (ZPO, 139, 2º: “[...] *wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat*).

Igual postura adota a legislação processual civil italiana, na qual se pode destacar o artigo 183 daquele diploma adjetivo que confere ao juiz o poder-dever de indicar às partes as questões examináveis de ofício que poderiam ser abordadas em caráter preliminar e às vezes até com prejuízo do exame de mérito da pretensão de direito material deduzida em juízo.

Adotam a mesma teleologia as legislações processuais civis de Áustria<sup>2</sup>, França<sup>3</sup> e Portugal, tudo transparecendo que nosso legislador foi inspirar-se no modelo processual deste ultimo país.

Como a inspiração do princípio da não decisão surpresa é mesmo oriunda do Código de Processo Civil português, estando contido no bojo do princípio

---

2 Art. 182 da legislação processual civil: “O juiz deve discutir com as partes as suas alegações de fato e de direito, evitando emitir decisão surpresa, que seja fruto de seu conhecimento isolado (sentença solitária) não submetido ao prévio conhecimento dos atores do processo”.

3 Nouveau Code de Procédure Civile: “Art. 16. Le juge doit, en toutes circonstances faire observer lui-même sur les moyens de droit qui il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

do contraditório ali igualmente previsto, mostra-se oportuno trazer à baila interessante estudo jurídico sobre a forma de seu regramento naquele país.

O eminente jurista lusitano Rui Moreira, integrante do Tribunal de Relação do Porto, em seu formidável estudo doutrinário *Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projeto de uma Nova Reforma do Processo Civil*<sup>4</sup>, esclarece que tradicionalmente princípios de natureza absoluta e incontornavelmente estruturantes encontram-se profundamente enraizados no regime processual civil português, sendo que cinco deles eram tidos como essenciais: dispositivo, contraditório, legalidade, tutela provisória de aparência e submissão aos limites substantivos.

Ao abordar o princípio do contraditório, que tudo tem a ver com o veto dirigido ao juiz de emitir “decisão surpresa”, também conhecida como decisão de terceira via, assim se manifesta Rui Moreira: “O princípio do contraditório acaba por ser uma emanção de um outro sempre referido, o da igualdade das partes”.

Segundo o princípio do contraditório, nenhuma decisão deve ser proferida sobre um pedido ou um argumento de uma das partes sem se facultar à outra a oportunidade de se pronunciar sobre esse pedido ou sobre esse argumento.

Com efeito, se perante o julgador ambas as partes estão em igualdade, ambas devem ter idêntica oportunidade de expor as suas razões, além de que a melhor fiscalização da atividade de uma das partes é a sujeição à pronúncia da parte contrária, tudo resultando em favor da procura de uma decisão mais justa.

Logo a seguir enfatiza que os artigos 3.º e 3.º-A do Código de Processo Civil português prescreveu com clareza solar os termos destes princípios, do contraditório e da igualdade.

“Artigo 3.º (...)

I – O Tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

II – Só nos casos excepcionais previstos em lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida;

III – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso

---

4 Artigo doutrinário disponível no *site* do Tribunal de Relação do Porto. Disponível em: <[www.trp.pt](http://www.trp.pt)>.

## DOCTRINA

de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a oportunidade de sobre elas se pronunciarem;

IV – Às exceções deduzidas no ultimo articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

Artigo 3.º-A (Igualdade das partes). O Tribunal deve assegurar ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso dos meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.”

E ainda, com esmerada proficiência, preleciona Rui Moreira que “o princípio do contraditório é, em todos os ramos do direito processual, um elemento absolutamente estruturante das ferramentas processuais disponibilizadas pela ordem jurídica”.

A sua exclusão é sempre excepcional, apenas se verificando quando a audiência da parte contrária ponha em causa o efeito útil da atividade judicial, seja pela necessária delonga do processo decisório, seja pela possibilidade que dela resulta para a parte contrária se eximir ao efeito da decisão (v.g., dilapidação de bens pelo devedor e arresto concessível *inaudita altera parte*), seja a título de sanção pela indiciação de comportamento censurável (cf. art. 394-A que permite a restituição de posse sem audiência do esbulhador), como típica sanção pelo esbulho.

Tal princípio tem uma incidência concreta, relativamente a toda e qualquer questão suscitada no processo, e não apenas um carácter genérico, por referência ao processo na sua globalidade.

Uma das situações em que é expressamente salientado é no art. 207, a propósito do conhecimento de nulidades que possam ser deferidas.

Uma outra situação de igual relevância advém da produção de provas sem audiência contraditória da parte a quem deva ser oposta.

Por sua vez a regra constante do art. 704, quanto ao não conhecimento do objeto do recurso, é ainda outro momento importante da afirmação do princípio do contraditório, já que ao não conhecimento do objeto do recurso deve anteceder a bilateralidade da audiência, atento à influência que as partes podem exercer no conteúdo de uma decisão mais justa e mais prontamente aceitável.

E como corolário do contraditório, enfatiza finalmente Rui Moreira, deve ser considerada ainda como emanção desse princípio salutar a regra da

proibição de decisão surpresa, contida no corpo do art. 3º, n. III, do Código de Processo Civil português, já transcrito acima”<sup>5</sup>.

#### 4 – O VETO À DECISÃO SURPRESA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Vejamos agora de onde decorre, em nosso sistema processual brasileiro, o veto a uma decisão de terceira via.

O fundamento constitucional que veda a decisão surpresa está prescrito no art. 5º, no qual se estatui que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O item LVI do art. 5º do texto constitucional igualmente estipula que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

E no mesmo diapasão vem vazado o art. 5º, item LV, da *Lex Legum*, no qual se estatui que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Colhe-se dos dispositivos constitucionais supratranscritos de forma bem explícita que o contraditório possui estreita vinculação com a garantia da não surpresa agora prevista de forma patente nos arts. 7º, 9º e 10 do novo CPC de 2015, devendo o juiz provocar no âmbito do processo e de seus procedimentos o debate acerca das questões de fato e de direito postas em juízo, mesmo que a lei processual civil o autorize a conhecer oficiosamente da matéria que venha a ser, fundamentadamente, acolhida na decisão final, com ou sem resolução de mérito.

A tônica do veto à decisão surpresa baralha-se de forma contundente com o princípio do contraditório impondo ao juiz, na condução do processo, o dever inafastável de auscultar as partes em toda e qualquer questão que possa influenciar na composição da decisão final, exatamente para que as partes, em constante diálogo, tenham a oportunidade de oferecer elementos que venham a influenciar a decisão do magistrado.

Atento a este entrelaçamento (surpresa-contraditório), o eminente processualista Nelson Nery Junior dispõe com bastante propriedade que:

---

5 *Op cit. site* do Tribunal de Relação do Porto-Portugal.

## DOUTRINA

“a proibição de haver a decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser definidos por lei, seja a requerimento da parte, do Ministério Público ou até mesmo *ex officio*.”<sup>6</sup>

Isso se explica facilmente.

Sendo a sentença um produto do processo interpretativo-aplicativo do direito objetivo, via de regra haurida dos fatos apresentados pelas partes ao conhecimento do juízo, nada mais óbvio de que ela deva ser dimensionada a partir da necessária participação das partes, devendo a decisão judicial moldar seu fundamento jurídico dentro dos contornos fático-jurídicos delineados pelo constante debate processual, evitando-se quaisquer surpresas ou mesmo qualquer afastamento da regra informativa do contraditório, a não ser que taxativamente excepcionada pela legislação processual.

Ou seja, veda-se com tais premissas venha o juiz a proferir uma decisão de terceira via, sempre suscetível de ser contestada e anulada, o que nada contribuiria para o princípio republicano da razoável duração do processo.

Tudo isso é muito lógico porque a manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório é alcançada através da observância rígida do binômio informação-reação, sendo por isso que, na moderna concepção do processo civil, haurido na seiva do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo (art. 1º do novo CPC), só se pode concluir tenha sido observado com rigor o princípio do contraditório se e quando seja propiciado às partes a participação real e efetiva na formatação dos atos preparatórios da decisão judicial, seja extintiva ou resolutiva.

### 5 – A DECISÃO SURPRESA NA VISÃO DA DOUTRINA

Algumas lições doutrinárias tornam-se necessárias para uma melhor compreensão do novo viés neoconstitucionalista do princípio do contraditório, que supera a ultrapassada visão de seu conceito como mera garantia formal de bilateralidade de audiência.

O ilustre jurista Dierle José Coelho Nunes, com extrema propriedade, enfatiza que

---

6 NERY Jr., Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. São Paulo: RT. p. 213.

“há muito tempo a doutrina percebeu que o contraditório não pode ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção significa que não pode mais se 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-se a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.”<sup>7</sup>

O professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, em citação feliz, fornece-nos uma noção teórica exata do princípio do contraditório como possibilidade constitucional que as partes ostentam no processo de influenciarem na decisão do juiz e ao mesmo tempo nos brinda com um exemplo prático envolvendo uma questão de direito (*quaestio juris*) que pode redundar em uma indesejável decisão surpresa ou de terceira via.

No plano teórico, enfatiza o ilustre professor que

“o contraditório, princípio componente do devido processo legal, na atualidade, não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contraditoriedade aos atos e termos do processo.

Seu alcance técnico-científico é bem maior, devendo-se compreendê-lo como garantia fundamental das partes de participação e manifestação efetivas em todos os atos e fases do procedimento, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influírem na geração de um pronunciamento decisório favorável aos seus interesses.

Somente assim, ter-se-á decisão gerada democraticamente pela comparticipação dos sujeitos do processo (partes contraditoras e juiz), com a implementação técnica dos direitos e garantias constitucionais ostentados pelas partes.”<sup>8</sup>

Quanto ao exemplo prático de decisão surpresa, o Professor Brêtas faz a seguinte consideração:

---

7 NUNES, Dierle José Coelho. Disponível em: <www.academia.edu>.

8 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Primeira proposta de modificação no texto PL 8.046/2010, novo CPC, encaminhado ao Deputado Federal Paulo Abi Ackel (PSDB-MG), Belo Horizonte, 19.09.2011.

## DOCTRINA

“Considere-se que o autor ajuíze a ação, dando início ao processo, sustentando na petição inicial como fundamento jurídico de seu pedido a incidência das normas do Código Civil de 1916.

O réu, por sua vez, na contestação, resiste à pretensão e como fundamento da defesa, embora reconhecendo os fatos narrados pelo autor, defende a tese jurídica de que aplicável é o Código Civil de 2002.

Na fase decisória, conclusos os autos, após as partes apresentarem suas razões finais, entende o juiz-diretor do processo que o caso concreto, ao contrário das teses jurídicas alinhadas pelo autor e pelo réu, receberá solução adequada pela aplicação das normas do Código de Defesa e de Proteção do Consumidor.

Pois bem, aqui no Brasil, na prática do foro, é o que observamos em nossa atividade profissional, pois o juiz lavra decisão surpresa apoiada nas normas do Código de Defesa do Consumidor, sem permitir às partes a possibilidade de prévia manifestação a respeito da questão jurídica objeto de pretensão das partes.

Evidentemente em tal situação estará sendo violado o contraditório, em concepção científica atualizada, pois as partes destinatárias da sentença, que suportarão os seus efeitos, não tiveram a oportunidade de influir no convencimento do juiz, quanto às normas de direito por ele consideradas adequadas à solução decisória do caso levado ao bojo do processo.”<sup>9</sup>

E vem à baila esta formidável passagem da doutrina que bem expressa o moderno conteúdo do princípio do contraditório:

“O novo CPC traz como grande premissa a ideia de que se tem um sistema processual que é participativo e cooperativo.

Isso quer dizer que ao invés de se pensar no projeto do novo Código como o Código dos Juízes, ou como o Código das Partes, como costumeiramente ele vai ser chamado, o Código de Processo Civil de 2015 é um Código de Todos, porque de um lado otimiza aspectos da função do juiz e ao lado disso ele também otimiza o papel que as partes podem desempenhar.”

Assim, o art. 10 do novo CPC trabalha com o “quadrinômio estrutural do contraditório”.

---

9 *Op. cit.*

## DOCTRINA

Isto porque reúne em seu conjunto os elementos dialéticos: informação, reação, diálogo e componente diferenciador do trinômio estrutural que seria a influência.

Destaca-se a importância do contraditório como influência ou mesmo como elemento normativo estruturador de participação.

Por fim, o art. 10 do novo CPC permite a implantação do policentrismo processual, como afastador de qualquer concepção de protagonismo ou de estruturador do modelo processual de processo constitucional, demonstrando de forma efetiva que para a construção do Estado Democrático de Direito o único processo cabível é o processo constitucional, vez ter ele o papel de promover a participação dos interessados, naquele viés de influenciarem decisivamente na convicção que vier a ser tomada pelo juiz.

Em suma: o art. 10 do novo CPC comporta uma análise sob a ótica do processo constitucional, visualizando o contraditório como influência e não surpresa, priorizando-se um policentrismo processual nutrido cientificamente por um sistema participativo e cooperativo<sup>10</sup>.

### 6 – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS EXCEÇÕES LEGAIS PREVISTAS NO NOVO CPC AO VETO DA DECISÃO SURPRESA

Vamos agora recapitular os artigos do novo CPC que consagram o veto à decisão surpresa e ato contínuo fornecer a fundamentação adequada às exceções legais ao princípio constitucional do contraditório, conforme foi prometido alhures.

Estatui o art. 7º do novo CPC que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

No art. 10 do novo CPC enfatiza-se 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”.

E a completar este arcabouço de louvor ao princípio do contraditório temos o *caput* do art. 9º do novo CPC a estatuir que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

---

10 ALVES, Isabela Fonseca; SOUZA, Daniela Moreira de. O artigo 10 do novo CPC: o contraditório como influência e não surpresa. *Jus Navigandi*. Disponível em: <[www.https.jus.com.br](http://www.https.jus.com.br)>.

## DOCTRINA

Finalmente o parágrafo único do art. 9º do novo CPC explicita os casos em que o princípio do contraditório pode ser afastado, por um princípio de conveniência que procura atender ao sucesso do pedido posto em juízo, seja com o propósito de evitar manobras fraudulentas da parte contrária que poderia frustrar o objetivo jurisdicional, seja porque o direito vindicado em juízo é tão evidente e cristalino que dispensa qualquer participação em contraditório do demandado.

Enfatiza assim o novo CPC no parágrafo único do art. 9º que será afastado o princípio do contraditório, atuando o juiz livremente *inaudita altera parte* nos casos de: I – tutela provisória de urgência; II – às hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III; e III – à decisão prevista no art. 701.

Os incisos supramencionados justificariam nos casos legalmente previstos a carta branca outorgada ao magistrado para afastar a observância do princípio do contraditório.

Devemos observar a título introdutório que o novo Código de Processo Civil eliminou os procedimentos cautelares nominados ou específicos, sem descurar, todavia, de colocar instrumentos processuais à disposição das partes, sejam de natureza cautelar ou satisfativa, para assegurar proteção às tutelas urgentes.

Como no direito processual civil moderno o magistrado tem ampla liberdade de conceder a tutela que melhor atenda à situação concreta, seja em caráter antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único, c/c os arts. 294 e 301 do CPC de 2015), mostra-se curial que em determinadas situações a prévia audiência do requerido pode frustrar o sucesso da concessão da medida de urgência pleiteada, sendo este, a meu ver, o motivo das exceções ao princípio do contraditório previstas no parágrafo único do art. 9º do novo CPC, contribuindo igualmente para dispensar a observância de tal princípio aquelas situações em que o direito mencionado pelo autor é de evidência tão manifesta que já comporta *initio litis* uma tutela satisfativa, como será visto ao longo desta abordagem.

A nomeação de algumas tutelas de urgência feita no art. 301 do novo CPC torna mais fácil exemplificar nessas circunstâncias a ausência de observância do princípio do contraditório.

No arresto ou no sequestro, principalmente quando a intenção aleivosa do requerido é dilapidar ou ocultar seu patrimônio, resta evidente não ser de bom alvitre a oitiva prévia do demandado porque, já imbuído do espírito de frustrar toda e qualquer medida que objetive onerar os bens integrantes de seu patrimônio, é bem provável que previamente cientificado do pedido de tutela

de urgência postulado pelo autor, venha adotar às carreiras alguma medida que possa criar sério embaraço ao sucesso da atividade jurisdicional.

Igual desdobraimento fático passível de frustrar a tutela de urgência pode também ser previsível tanto no arrolamento de bens como no registro de protesto contra alienação de bens (móveis ou imóveis), daí porque não se mostra plausível observar em sua plenitude o princípio do contraditório, com a prévia audiência do requerido, podendo nesses casos ser feita a oitiva em momento processual mais oportuno, em típico contraditório diferido, após serem tomadas em caráter liminar e *inaudita altera parte* as medidas judiciais cabíveis que efetivamente protejam e tornem futuramente efetivas as tutelas de urgência pleiteadas pelo autor.

Na tutela de evidência prevista no art. 311 do novo CPC, tal como a de urgência, exige-se igualmente a plausibilidade do direito invocado, mas prescindem as mesmas como requisito intrínseco de sua concessão, a demonstração *primo ictu oculi* seja do perigo de dano ou de risco ao resultado do processo.

Esta maior condescendência na maleabilidade dos requisitos concessivos da tutela de evidência explica-se porque o direito da parte requerente é tão óbvio que pode e deve ser prontamente reconhecido pelo juiz.

O art. 9º, parágrafo único, item II, dispensa a oitiva do demandado na concessão de tutela de evidência que se amolde nos incisos II e III do art. 311, ou seja, quando as alegações de fato expostas na exordial puderem ser comprovadas pelas documentalmente e houver tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada em julgamento de casos repetitivos ou mesmo entendimento consagrado em súmula vinculante do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Uma ressalva deve ser feita para deixar bem explícito que os requisitos postos no inciso II do art. 311 do novo CPC são necessariamente cumulativos e não alternativos, de molde que pela redação do dispositivo marginado torna-se fácil concluir que não basta haver direito estribado apenas por documentação, já que, além da prova documental que torne plausível a existência do direito invocado em juízo, será preciso ainda que a tese jurídica estampada no processado já tenha passado pelo crivo da discussão em casos repetitivos, ancorando-se em tese jurídica (*ratio decidendi*) estandardizada ou ainda que já esteja incorporada em verbete de súmula vinculante.

A razão da exclusão do contraditório nesta passagem é óbvia, sendo mais do que razoável excluir-se a prévia manifestação do requerido, porque por mais criativa que seja a tese jurídica sustentável em sua oposição, não terá como invalidar o direito confessado em documento ou já reconhecido

## DOCTRINA

em caráter definitivo nas instâncias superiores (*ratio decidendi*) já tomado e estratificado no incidente de decisões repetitivas ou no teor do verbete de uma súmula vinculante.

A outra exceção ao princípio do contraditório está estampada no inciso III do art. 311 do novo CPC, quando a concessão da tutela de evidência *inaudita altera parte* tiver como justificativa tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada e comprobatória da existência de um contrato de depósito entre as partes, situação em que será decretada de imediato e *inaudita altera parte* a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Nesta última situação, o motivo excludor do princípio do contraditório salta aos olhos, já que ao formular o pedido de tutela de evidência o requerente anexa com a exordial um documento que comprova não só a existência de um contrato de depósito, como igualmente a manifesta inadimplência do demandado em restituir o objeto do depósito, em típica atitude desrespeitosa do direito e da boa-fé contratual, motivo pelo qual, dispensado o contraditório, o requerido será citado para em dia e hora aprazados judicialmente proceder à entrega do objeto custodiado, implicando seu retardamento em imposição de multa cominatória.

A última exceção à observância do princípio do contraditório está prevista no parágrafo único, inciso III, do art. 9º do novo CPC.

Reza o dispositivo supramencionado que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, não se aplicando esta exigência à decisão prevista no art. 701 do novo CPC.

No capítulo XI, o novo CPC regulamenta a ação monitória, em seus arts. 700 *usque* 702, sendo que no *caput* do art. 700 do novo CPC se estatui que a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter o direito de exigir do devedor capaz seja o pagamento de quantia certa em dinheiro; a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel ou o adimplemento de uma obrigação de fazer ou não fazer.

Logo depois vem exposta a exceção ao princípio do contraditório.

Geralmente no bojo da ação monitória o direito discutido é de natureza controvertida, como, aliás, vem previsto no § 5º do art. 700, no qual se estatui que, havendo dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a inicial, adaptando-a ao procedimento comum.

Assim, enquanto for controverso o direito discutido na ação monitória, o procedimento para a ulterior formação do título executivo eficaz deve seguir rigorosamente o princípio do contraditório, permitindo-se o amplo diálogo entre as partes e o juiz para se atingir uma decisão justa e escoreita.

O art. 701 prevê típica exceção a esta natureza controvertida do direito de crédito discutido na ação monitória, porque ali se diz com evidente propriedade que “sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega da coisa ou para a execução de obrigação de fazer ou não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento e o pagamento dos honorários advocatícios de 5% (cinco) por cento do valor atribuído à causa”.

Neste contexto a evidência do direito do autor dispensa a oitiva prévia do réu, porque desde a origem, ou seja, desde a propositura da ação monitória, já milita em seu favor uma presunção irrefragável de existência de um documento que tem verdadeira força de título executivo, o que torna desnecessário o procedimento mais dilatado da ação monitória que contempla a bilateralidade e a dialeticidade, isto porque a evidência do direito vindicado pelo autor já autoriza *initio litis* a emissão de ordem judicial para o cumprimento do pedido deduzido em juízo, com expedição imediata do respectivo mandado.

A reforçar a cristalinidade do direito do autor temos o comando do § 2º do art. 701 do novo CPC, no qual a evidência ganha ares de definitividade, eis que não realizando o devedor o pagamento e não apresentando embargos (art. 702), constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade.

Assim, nos casos previstos no parágrafo único do art. 9º, incisos I, II e III, pelos motivos acima delineados, dispensa-se a observância do princípio do contraditório sem que com isso venha a lume qualquer decisão surpresa.

### 7 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO TRABALHISTA DA DECISÃO SURPRESA PREVISTA NO NOVO CPC

Chegou o momento de analisar se cabe ou não a aplicação subsidiária ao processo do trabalho da decisão surpresa prevista nos arts. 9º e 10 do novo CPC de 2015.

A resposta a esta indagação, em que pese já pudesse ser facilmente inferida como afirmativa, pois inerente ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, sendo os princípios do processo constitucional inafastáveis da teoria geral do processo, acabou sendo muito facilitada pela edição da Ins-

trução Normativa nº 39 (Resolução nº 203, de 15.03.2016) do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

De fato, a instrução normativa epigrafada dispõe sobre as normas do CPC de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, o que é feito de forma não exaustiva, procedimento mais do que razoável, já que somente a singularidade dos casos concretos é que orientará o magistrado e operador do direito nessa tarefa de natureza hermenêutica.

Alguns doutrinadores criticam com veemência a edição da Instrução Normativa nº 39/TST, ao argumento simplista de que a mesma interfere na liberdade do magistrado, tolhendo-lhe a função hermenêutica ao impor-lhe uma camisa de força que o impede de proceder com desenvoltura ao exercício do direito de subsunção, ou, mais apropriadamente, o direito que o mesmo ostenta de escolher a regra de direito que melhor se amolda ao caso concreto, como se a *fattispecie* pudesse ser moldada com total abstração do substrato fático que a orienta (*ex facto ius oritur*), em uma açodada regulamentação subsuntiva-interpretativa em que o direito se antecede aos fatos (*ex ius facto oritur*).

Entendo, malgrado tal crítica, que a atitude adotada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho foi louvável porque procura orientar o magistrado a respeito das normas do novo CPC que poderiam ser transplantadas para o processo do trabalho sem que com isso venha a comprometer-se o arcabouço axiológico dos princípios estruturantes que o informam.

O excesso de liberdade interpretativa do magistrado nesta seara poderia, em tese, abalar os alicerces informadores do sistema processual trabalhista, comprometendo sua celeridade, informalidade, concentração e atributos outros que tornam mais efetiva a concessão de uma tutela jurisdicional amparadora de pretensões materiais revestidas de estrita índole alimentar.

A iniciativa do colendo Tribunal Superior do Trabalho pode ser comparada com uma intervenção cirúrgica cujo primacial escopo é evitar se imprima ao corpo humano indesejável aleijão.

O intuito nobre da intervenção preventiva do colendo TST está bem explicitada nas diversas considerações introdutórias da referida instrução normativa, destacando-se dentre elas que o escopo basilar da iniciativa foi pontualmente identificar apenas questões polêmicas e algumas questões inovatórias relevantes com o intuito salutar de aferir aprioristicamente a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao processo do trabalho de normas específicas do novo CPC, tudo com o elevado propósito de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados e aos órgãos da Justiça do Trabalho, bem como ainda com

o escopo de prevenir nulidades processuais com detrimtoso sacrificio da desejável celeridade.

Dito isso, entreve-se de forma evidente na Instrução Normativa nº 39/TST que o princípio do contraditório com o veto que lhe é inerente, de emissão de uma decisão surpresa ou de terceira via foi agasalhado como princípio estruturante e informador do processo trabalhista, no qual tem irrestrita aplicação subsidiária, feita a observação crucial, todavia, de que também são transportadas para o processo trabalhista as exceções que o novo CPC elenca para afastar em determinadas situações a observância irrestrita do contraditório, naqueles casos legalmente previstos em que é inócua sua observância ou mesmo sua preservação pode servir de instrumento gerador de fraude processual pela parte adversa, evitando-se assim seja frustrado o esperado e salutar efeito jurídico que se espera da medida judicial.

Nesse sentido, de forma incisiva, a IN nº 39/TST explicita com clareza solar que “o Código de Processo Civil de 2015 não adota de forma absoluta a observância do princípio do contraditório prévio como vedação à decisão surpresa, como transparece, entre outras, das hipóteses de julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 322, *caput* e § 1º, conjugado com a norma explícita do parágrafo único do art. 487), de tutela provisória liminar de urgência ou da evidência (parágrafo único do art. 9º) e do indeferimento liminar da petição inicial (CPC, art. 330)”.

As exceções previstas no novo CPC ao binômio contraditório-decisão surpresa, além de outras exceções que podem ser aferidas sejam dos pressupostos processuais ou das condições da ação, ou mesmo dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos que informam o juízo de admissibilidade de recursos, tem como principal desiderato combinar o princípio da dialeticidade com os altaneiros princípios que informam o processo do trabalho, dentre eles os da celeridade, da oralidade e da concentração dos atos processuais, jamais podendo ser perdido de vista que o sistema processual trabalhista pelas suas especificidades e pela natureza alimentar das pretensões nele arguidas, foi sim concebido, preordenado e estruturado para garantir às partes a outorga expedita, efetiva e impostergável da tutela jurisdicional.

A adoção do princípio do contraditório e do veto à decisão surpresa ou de terceira via, com seus temperos legais (em que se impõe uma interpretação com um grão de sal), está consagrada no art. 4º e parágrafos da IN nº 39/TST, com o seguinte teor:

## DOCTRINA

“Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os arts. 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por decisão surpresa a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera ‘decisão surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.”

Como se vê da transcrição *supra*, a IN nº 39/TST, além daquelas exceções legais à observância do princípio do contraditório elencadas no parágrafo único do art. 9º do novo CPC de 2015, elenca igualmente outras hipóteses em que a ausência de prévia oitiva da parte contrária não caracterizaria a chamada decisão surpresa, desde que estas estejam atreladas às condições da ação, aos pressupostos processuais e aos requisitos de admissibilidade de recursos, o que é bastante lógico.

Sob esta ótica, não pode alegar decisão surpresa a parte que aduz pretensão contrária ou não prevista no direito positivo (impossibilidade jurídica), ou que não ostente legitimidade ativa ou passiva para figurar na demanda trabalhista ou que venha a deduzir pretensão de direito material quando ainda não configurado inteiramente o seu direito público subjetivo de ação trabalhista.

Exemplo da primeira situação jurídica supraexposta pode ser mencionado quando o reclamante, tendo trabalhado para empresa terceirizada, vem pedir o reconhecimento de vínculo de emprego com o ente público que se valeu da prestação de seus serviços (art. 37 da CF).

Da segunda situação jurídica cite-se o exemplo da concubina que vem acionar a Justiça do Trabalho para receber como suposta dependente do amante direito de natureza previdenciária, sendo este último casado e tendo dependentes devidamente registrados na Previdência Social.

A legitimação para a ação trabalhista nesta situação é da esposa, afastando-se da concubina a legitimação para a causa.

## DOCTRINA

Da terceira situação jurídica cite-se o empregador que ajuíza inquérito judicial para apuração de falta grave para obter decisão judicial que autorize a dispensa de empregado não amparado pela estabilidade sindical.

Ora, não sendo o trabalhador titular de direito à estabilidade sindical, sua dispensa, motivada ou não, consubstancia direito potestativo do empregador, não precisando este acionar a Justiça para obter a rescisão do contrato de trabalho, podendo fazê-lo *sponte sua*.

Quanto aos pressupostos processuais subjetivos, a doutrina cita a investidura, a imparcialidade, a competência, a capacidade de ser parte, de estar em juízo e a postulatória.

Dos pressupostos acima delineados, alguns deles podem desaguar na sumária extinção do processo sem resolução de mérito, outros nem tanto.

No que pertine à investidura, cite-se o exemplo de ser postulado perante Juízo Arbitral direitos trabalhistas indisponíveis, situação em que aquele Juízo alternativo não ostenta jurisdição para emitir sentença trabalhista que atenda à pretensão de direito material do trabalhador.

A imparcialidade também não ostenta apanágio para a extinção *initio litis* do processo trabalhista, sendo que sua existência pode acarretar a nulidade do julgado, mesmo após o trânsito em julgado da sentença trabalhista, já que a nulidade absoluta é imposterável e pode ser igualmente suscitada no bojo de uma ação rescisória.

A competência nem sempre pode induzir a sumária extinção do feito trabalhista, já que o juízo incompetente pode remeter o processo para a Justiça que ostente a jurisdição adequada para a pretensão de direito material deduzida em juízo, ressalvados os casos em que os direitos postulados não guardem pertinência postulatória perante a jurisdição para a qual se poderia declinar.

A capacidade de ser parte, de estar em juízo e a postulatória conjunham-se com aquelas situações processuais em que são desatendidas as condições da ação e por isso merecem o mesmo tratamento, pois não atendidos tais requisitos ou não sanadas as irregularidades detectadas em juízo, pode sim haver a sumária extinção do feito trabalhista, sem consumir-se a temida decisão surpresa.

Quanto aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, não se pode alegar decisão surpresa se o juiz não recebe o recurso por ser deserto (falta de depósito recursal), intempestivo (interposto fora do prazo legal) ou que não atenda às regularidades formais previstas na legislação processual,

## DOCTRINA

e.g., o agravo de instrumento interposto sem o traslado das peças processuais indispensáveis ao seu conhecimento.

A Lei nº 13.015/2014, ao alterar a sistemática recursal trabalhista, suaviza a situação do recorrente em hipótese em que o recurso é interposto sem o prévio recolhimento do depósito recursal, sendo mesmo assim desconsiderada a deserção, sob pena de decisão surpresa.

De fato, o § 8º do art. 899 da CLT (com a redação imprimida pela Lei nº 13.015/2014) dispõe que “quando o Agravo de Instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito recursal previsto no § 7º deste artigo”.

A outra condescendência com o recorrente dá-se quando, sendo tempestivo o recurso, alguma irregularidade poderia em tese prejudicar o seu conhecimento.

Neste diapasão, o § 11 do art. 896 da CLT que “quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito”.

Caso típico da situação jurídica suprarretratada pode ocorrer quando o recurso desavisadamente não vier acompanhado do instrumento de mandato, ou o causídico que o interpôs ainda não tiver sido constituído nos autos e nem atuado tacitamente, singularidade que na sistemática jurisprudencial anterior à Lei nº 13.015/2014 importava o não conhecimento do recurso, já que a jurisprudência estratificada do colendo TST era no sentido de que a irregularidade de representação não podia ser sanada em grau de recurso.

A nova orientação da Lei nº 13.015/2014 importa em que o relator poderá determinar que a irregularidade seja sanada, juntando-se o instrumento de mandato, dando azo assim ao exame de mérito do apelo interposto.

Importante observar que o novo CPC retirou dentre as condições da ação a chamada impossibilidade jurídica do pedido, que corporifica agora decisão de mérito, desafiando a improcedência da ação proposta.

### 8 – DECISÃO SURPRESA NO BOJO DA LEI Nº 13.015/2014, QUE ALTEROU A SISTEMÁTICA RECURSAL TRABALHISTA

Questão interessante é saber se a Lei nº 13.015/2014, que alterou a sistemática recursal trabalhista e instituiu o detalhamento do incidente de

uniformização de jurisprudência, além de ter transportado para o processo trabalhista o incidente de recursos repetitivos, pode ou não ser interpretada à luz dos arts. 9º e 10 do novo CPC, quando vedam a emissão pelo juiz de uma decisão surpresa, solitária ou de terceira via

Referida Lei nº 13.015/2014 determina ao ministro-relator do recurso de revista, ou mesmo ao presidente do Tribunal Regional do Trabalho quando emite juízo de admissibilidade sobre a admissão ou trancamento do recurso de revista, que havendo divergência de entendimento jurisprudencial no âmbito das Turmas dos Regionais, sobre uma mesma questão de fato ou de direito, que, em vez de dar processamento ao recurso de revista, devolva os autos ao Tribunal Trabalhista *a quo* para que ele necessariamente uniformize sua jurisprudência interna, seja através de súmula (quórum qualificado) ou através de tese jurídica prevalecente (quórum simples).

O presidente do Tribunal, ou a quem for delegada a atribuição de aferir o juízo de admissibilidade da revista, simplesmente suspenderá o curso do processamento do recurso extraordinário até que o Tribunal uniformize sua jurisprudência interna.

Se a súmula ou a tese jurídica prevalecente adotada pelo Regional Trabalhista estiver em sintonia com o entendimento do colendo TST sobre a mesma matéria, ficará prejudicado o processamento do recurso de revista no aspecto ventilado, muito embora possa e deva ser processado quanto a outros aspectos jurídicos que não destoem da jurisprudência interna do Tribunal Trabalhista.

À medida que os temas jurisprudenciais controvertidos forem sendo pacificados no âmbito dos Tribunais Trabalhistas, as partes já saberão de antemão qual é o posicionamento do Tribunal do Trabalho, e se contrário ao seu interesse, não poderá alegar ulteriormente qualquer decisão surpresa.

Assim, o objetivo da Lei nº 13.015/2014 é conferir maior racionalidade e segurança jurídica às decisões trabalhistas, evitando-se que, em ações trabalhistas distintas, idênticas questões de fato ou de direito venham a ter tratamento judicial diferenciado, situação esdrúxula que fere o princípio constitucional da isonomia e cria a chamada jurisprudência lotérica.

A mesma situação supraexposto ocorre no âmbito do incidente de recursos repetitivos, já que emitida a decisão-parâmetro (*ratio decidendi*) pelo colendo TST, todos os demais recursos repetitivos represados terão o mesmo tratamento jurídico corporificado na decisão paramétrica.

Como se vê, é curial que a Lei nº 13.015/2014, uma vez uniformizada a jurisprudência interna dos tribunais trabalhistas, vem contribuir enormemente

## DOCTRINA

para que não se emitam decisões surpresas ou lotéricas, porque as questões de fato e de direito abordadas no processo trabalhista terão necessariamente o mesmo tratamento jurídico.

Uma questão tormentosa surge quando a decisão surpresa é assim considerada porque contraria súmula expressa emanada do colendo TST ou, estando em consonância com súmula estratificada daquele Corte Ápice Trabalhista, o entendimento nela contido vem a ser substancialmente alterado enquanto em trânsito o recurso de revista, alteração que às vezes pode criar uma situação de direito totalmente contrária àquela prevista no verbete da súmula anterior ou ainda quando a decisão trabalhista entra em chачas com o teor explícito da legislação consolidada.

No que tange à suposta ofensa à literalidade da legislação consolidada, sirva-se de exemplo um julgamento ocorrido recentemente perante a Sétima Turma do colendo TST, que decidiu que um trabalhador irá receber cumulativamente os adicionais de insalubridade e de periculosidade, afastando do caso concreto a incidência do art. 193, parágrafo único, da CLT, que prevê a opção pelo adicional mais favorável ao trabalhador, abrindo caminho para uma mudança radical da jurisprudência até então firmada e respeitada no TST.

No caso em análise, argumenta o ministro-relator que a acumulação dos adicionais não significa pagamento em dobro, uma vez que a insalubridade diz respeito à saúde do trabalhador e a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem de vida que visa proteger.

Como até aquele julgamento a jurisprudência do colendo TST não aceitava a cumulatividade, a súbita mudança de entendimento pegou de surpresa a empresa recorrente.

A decisão surpresa acima delineada, em que pese trafegue na contra-mão da teleologia buscada pela Lei nº 13.015/2014, não abriga em si qualquer nulidade.

A parte prejudicada com a referida decisão surpresa deverá se valer dos meios impugnativos recursais pertinentes para reverter a situação de desfavorabilidade e, uma vez esgotada a instância perante o TST, poderá ser valer de recurso extraordinário para o excelso Supremo Tribunal Federal.

Casos típicos de alteração de jurisprudência estratificada durante longos anos em súmulas do TST podem ser citados no âmbito da estabilidade concedida à gestante, mesmo que o contrato seja de experiência ou de prazo determinado

e ainda naquele caso de manutenção da cláusula econômica prevista em negociação coletiva, mesmo após esaurido o período de sua vigência.

O grande gravame dessas decisões surpresas acima retratadas, ocorridas por alteração súbita da jurisprudência no âmbito das Cortes Superiores, é que estas não levam em consideração qualquer modulação de efeitos, sendo o débito trabalhista daí oriundo apurado de acordo com a regra prescricional quinquenal.

Ora, como a Lei nº 13.015/2014 transporta para a seara processual trabalhista instituto típico do *common law*, como é o caso do precedente judicial com força vinculativa, nada mais correto do que modular os efeitos jurídicos da nova decisão que de uma hora para outra faz ruir por terra o entendimento jurisprudencial que vinha sendo observado há anos nas Cortes Superiores.

Veja-se que na sistemática do *common law*, quando é adotada uma decisão parâmetro no âmbito de casos repetitivos, sua ulterior e superveniente alteração em face da superação do entendimento jurisprudencial anteriormente adotado, seja por alterações de cunho sociológico, econômico ou político, é feita sem causar surpresa e nem prejuízo econômico às partes, já que a decisão posterior (*overruling*) que caça a tese jurídica anteriormente parametrada (*ratio decidendi*) deve ter sua irradiação jurídica balizada pela modulação de seus efeitos, só vinculando as partes a partir da nova orientação jurisprudencial.

Para evitar a decisão surpresa no âmbito da modificação repentina das súmulas editadas pelos Tribunais Superiores ou no âmbito dos chamados recursos repetitivos, o art. 926 do novo Código de Processo Civil deixa explícito que os Tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, acrescentando o § 3º do art. 927 do novo digesto processual que, “na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda do julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

No mesmo diapasão, o § 2º do art. 17 da Lei nº 13.015/2014, que dispõe de forma mais justa que “cabará revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”.

Ao aplicar-se subsidiariamente o comando emergente do § 3º do art. 927 do novo CPC de 2015, como é recomendável, eis que há lacuna na CLT e a

matéria nela tratada guarda compatibilidade com o escopo do processo trabalhista, no que pertine à uniformização de sua jurisprudência em âmbito nacional, doravante quando o STF ou os Tribunais Superiores alterarem jurisprudência já cristalizada, ou revogarem a decisão proferida no âmbito de recursos repetitivos (*overruling*), os efeitos pecuniários dessa alteração só poderão ser exigidos do empregador após a publicação do novo entendimento jurisprudencial, deixando no caso de ser aplicada irrestritamente a prescrição parciária quinquenal.

### 9 – CONCLUSÃO

“Decisão surpresa” e “jurisdição” são termos conexos, já que as partes envolvidas em litígio devem ser tratadas pelo Estado-Juiz com igualdade e isenção de ânimo, sendo da essência do Estado Democrático de Direito que a jurisdição para alcançar seus nobres escopos deve observar em sua estrutura uma série de requisitos rígidos e inafastáveis.

A principal razão de ser do comando legal que impõe veto à decisão surpresa, seja no âmbito dos processos judiciais ou administrativos, é a previsão constitucional do princípio do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), sendo que, fiel a este comando normativo-fundamental, o art. 9º do novo CPC de 2015 deixa assente que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, determinação que vem complementada pelo art. 10 do novel digesto processual, ao dispor que “o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade para se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

A legislação de vários países europeus (Alemanha, Itália, França e Áustria) consagram normas específicas vedando a decisão surpresa, sendo que nosso legislador baseou-se no direito processual português para disciplinar este instituto jurídico no Brasil (arts. 3º e 3º-A do Código de Processo Civil de Portugal).

Consoante lapidar lição doutrinária de Brêtas, como inspirador constitucional do veto à decisão surpresa: “o contraditório não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contraditoriedade aos atos e termos do processo”.

Deve o contraditório ser modernamente entendido como garantia fundamental das partes de uma participação e de manifestação efetivas em todos os

atos e fases do processo, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influir na geração de um pronunciamento decisório favorável a seus interesses”<sup>11</sup>.

A observância rigorosa do princípio do contraditório é excepcionada no parágrafo único do art. 9º do novo CPC, quando se encontra em jogo uma tutela provisória de urgência ou mesmo hipóteses de tutela de evidência previstas, *numerus apertus*, no art. 311, incisos II e III, e a decisão prevista no art. 701 do novo CPC.

A exclusão da observância rigorosa do princípio do contraditório nas circunstâncias acima elencadas é mais que justificável e elogiável, pois, nesses casos, a ciência da demanda interposta (tutela provisória de urgência ou tutela de evidência) à parte contrária pode frustrar os efeitos judicialmente preconizados, principalmente quando o réu está em vias de dilapidar seu patrimônio com o fito de criar embaraço à efetiva satisfação da pretensão de direito material deduzida pelo autor em juízo.

Em outras situações, o direito do autor é tão evidente e cristalino que dispensa o prévio contraditório (ação de depósito e ação monitoria), sendo diferido o direito do réu de vir a contrapor-se ao direito do autor.

O veto à decisão surpresa tem, sim, irrestrita aplicação à seara processual trabalhista, sendo que neste sentido a Instrução Normativa nº 39/2016 do colendo Tribunal Superior do Trabalho veio explicitar alguns dispositivos do novo Código Processual Civil que se aplicam ou não se aplicam ao processo trabalhista, tudo com o nobre intuito de evitar que uma hermenêutica permissiva e abusiva pudesse comprometer os clássicos princípios do direito processual do trabalho, minando-lhe o arcabouço ético, lógico e científico.

A Instrução Normativa nº 39/TST, em seu art. 4º, deixa patente que “aplicam-se ao processo do trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os arts. 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

E o § 1º do art. 4º da referida Instrução Normativa de forma bem elucidativa dispõe que “entende-se por decisão surpresa a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes”.

E logo no § 2º, a IN nº 39/TST excepciona a ocorrência de uma decisão surpresa que “assim não é considerada a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as

---

11 Op. cit.

## DOUTRINA

partes tenham a obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”.

A decisão surpresa vem finalmente examinada no bojo da Lei nº 13.015/2014, que alterou a sistemática recursal trabalhista e reafirmou o incidente de uniformização de jurisprudência obrigatório no âmbito dos Tribunais Regionais Trabalhistas, a par de regular o incidente de recursos de revistas repetitivos.

Como a mensagem especial da Lei nº 13.015/2014 é a valorização dos precedentes judiciais, ao estilo do modelo existente no âmbito do *common law*, chegou-se à conclusão de que quando houver brusca alteração da jurisprudência estratificada do Supremo Tribunal Federal e ou dos Tribunais Superiores, deverá, obrigatoriamente, em nome de situações jurídicas já consolidadas sob a égide da vigência da jurisprudência anterior e também em nome do princípio da segurança jurídica, modularem-se os efeitos jurídicos do novo entendimento jurisprudencial, não podendo ser aplicada, como acontece hoje, a regra irrestrita da prescrição parciária quinquenal em detrimento do empregador.

Ou seja, a decisão judicial (seja a proferida no âmbito do incidente de uniformização de jurisprudência, ou no âmbito dos chamados recursos de revista repetitivos, ou mesmo quando súmulas e orientações jurisprudenciais são revistas por iniciativa do próprio Tribunal) que vier a se dissociar de um entendimento jurisprudencial já consolidado no tempo deverá surtir efeitos pecuniários somente a partir de sua publicação, afastando-se neste caso específico a incidência da regra da prescrição parciária quinquenal, visivelmente prejudicial ao empregador, quando se foca o princípio da segurança jurídica e o veto legal à emissão de uma decisão surpresa.

A fonte legal da necessária modulação dos efeitos jurídicos da nova decisão contrastante com a jurisprudência já cristalizada dos Tribunais Superiores (súmulas, orientações jurisprudenciais e decisão proferida no âmbito de recursos de revistas repetitivos, por alteração superveniente da *ratio decidendi*) (*overruling*) encontra-se taxativamente exposta no art. 927 do novo CPC e no art. 17 da Lei nº 13.015/2014, que deve ser fielmente observada pelos Tribunais Superiores, sob pena de emissão de uma criticável decisão de terceira via, inconciliável com os princípios estruturantes de um Estado Democrático de Direito, dentre eles o da segurança jurídica e o da não retroatividade, que, agora, com a introdução de institutos jurídicos do *common law* em nossa legislação processual civil, tem pertinência não apenas com a vigência de uma lei, como igualmente com a superveniência de uma decisão judicial que, de chofre, mina todo um entendimento jurisprudencial já cristalizado pelo tempo.