

RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.027 - PR (2017/0131484-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**
RECORRIDO : **REGINA CAITANO DOS SANTOS**
ADVOGADO : **JESUINO RUYS CASTRO - PR030762**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE.

1. Acórdão do TRF da 4ª Região extinguiu o processo sem julgamento do mérito por insuficiência de provas sem que o fundamento adotado tenha sido previamente debatido pelas partes ou objeto de contraditório preventivo.

2. O art. 10 do CPC/2015 estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

3. Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu.

4. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunização de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial.

5. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC.

6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.

7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas

manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.

8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente “sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício” (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209).

9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória.

10. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo. Tal necessidade de abrir oitiva das partes previamente à prolação da decisão judicial, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é nova no direito processual brasileiro. Colhem-se exemplos no art. 40, §4º, da LEF, e nos Embargos de Declaração com efeitos infringentes.

11. Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada.

12. *In casu*, o Acórdão recorrido decidiu o recurso de apelação da autora mediante fundamento original não cogitado, explícita ou implicitamente, pelas partes. Resolveu o Tribunal de origem contrariar a sentença monocrática e julgar extinto o processo sem resolução de mérito por insuficiência de prova, sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercer sua influência na formação da convicção do julgador. Por tratar-se de resultado que não está previsto objetivamente no ordenamento jurídico nacional, e refoge ao desdobramento natural da controvérsia, considera-se insuscetível de pronunciamento com desatenção à regra da proibição da decisão surpresa, posto não terem as partes obrigação de prevê-lo ou advinha-lo. Deve o julgado ser anulado, com retorno dos autos à instância anterior para intimação das partes a se manifestarem sobre a possibilidade aventada pelo juízo no prazo de 5 (cinco) dias.

13. Corrobora a pertinência da solução ora dada ao caso o fato de a resistência de mérito posta no Recurso Especial ser relevante e guardar potencial capacidade de alterar o julgamento prolatado. A despeito da analogia realizada no julgado recorrido com precedente da Corte Especial do STJ proferido sob o rito de recurso representativo de controvérsia (REsp 1.352.721/SP, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 28/4/2016), a extensão e o alcance da decisão utilizada como paradigma para além das circunstâncias ali analisadas e para "todas as hipóteses em que se rejeita a pretensão a benefício previdenciário em decorrência de ausência ou insuficiência de lastro probatório" recomenda cautela. A identidade e aplicabilidade automática do referido julgado a situações outras que não aquelas diretamente enfrentadas no caso apreciado, como ocorre com a controvérsia em liça, merece debate oportuno e circunstanciado como exigência da cooperação processual e da confiança legítima em um julgamento sem surpresas.

14. A ampliação demasiada das hipóteses de retirada da autoridade da coisa julgada fora dos casos expressamente previstos pelo legislador pode acarretar insegurança jurídica e risco de decisões contraditórias. O sistema processual pátrio prevê a chamada coisa julgada *secundum eventum probationis* apenas para situações bastante específicas e em processos de natureza coletiva. Cuida-se de técnica adotada com parcimônia pelo legislador nos casos de ação popular (art. 18 da Lei 4.717/1965) e de Ação Civil Pública (art. 16 da Lei 7.347/1985 e art. 103, I, CDC). Mesmo nesses casos com expressa previsão normativa, não se está a tratar de extinção do processo sem julgamento do mérito, mas de pedido julgado "improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova" (art. 16, ACP).

15. A diferença é significativa, pois, no caso de a ação coletiva ter sido julgada improcedente por deficiência de prova, a própria lei que relativiza a eficácia da coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença no limite das provas produzidas nos autos. Não impede que outros legitimados intentem nova ação com idêntico fundamento, mas exige prova nova para admissibilidade *initio litis* da demanda coletiva.

16. Não é o que se passa nas demandas individuais decididas sem resolução da lide e, por isso, não acobertadas pela eficácia imutável da autoridade da coisa julgada material em nenhuma extensão. A extinção do processo sem julgamento do mérito opera coisa julgada meramente formal e torna inalterável o *decisum* sob a ótica estritamente endoprocessual. Não obsta que o autor intente nova ação com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, inclusive com o mesmo conjunto probatório, e ainda assim receba decisão díspar da prolatada no processo anterior. A jurisdição passa a ser loteria em favor de uma das partes em detrimento da outra, sem mecanismos legais de controle eficiente. Por isso, a solução objeto do julgamento proferido pela Corte Especial do STJ no REsp 1.352.721/SP recomenda interpretação comedida, de forma a não ampliar em demasia as causas sujeitas à instabilidade extraprocessual da preclusão máxima.

17. Por derradeiro, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou sobreposição de instância, é medida que se impõe

Superior Tribunal de Justiça

não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015.

18. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Francisco Falcão."

Brasília, 26 de setembro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.027 - PR (2017/0131484-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RECORRIDO : REGINA CAITANO DOS SANTOS
ADVOGADO : JESUINO RUYS CASTRO - PR030762

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto pela alínea “a” do art. 105, III, da CF, contra Acórdão com a seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE GENITOR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL INSUFICIENTE. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. A concessão do benefício de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do de cujus e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.

2. *In casu*, a alegada atividade rural do de cujus não restou corroborada por início de prova material razoável.

3. Extinto o processo, sem exame do mérito, com fulcro nos arts. 320 e 485, inc. IV, NCPC, o que não obsta o ajuizamento de nova ação para renovação do pleito, pela parte autora, mediante apresentação de novas provas, conforme recentemente decidido por este Colegiado, por unanimidade, nos autos da Apelação Cível nº 0011414-31.2014.4.04.9999 (TRF4, 5ª Turma, Rei. Des. Federal Roger Raupp Rios, julg. Em 07/06/2016).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 211-216, e-STJ).

Insurge-se o recorrente contra Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que extinguiu o processo sem julgamento do mérito por falta de provas. Alega que a decisão impugnada adotou fundamento sobre o qual não foi dada a oportunidade de manifestação aos litigantes, e que, apesar de o recorrente ter oposto Embargos de Declaração questionando a ausência de intimação prévia das partes para adoção de fundamento não discutido nos autos, além da inobservância de dispositivos legais e constitucionais quanto à necessidade de julgamento do mérito com formação de coisa julgada material, o Tribunal de origem não reconheceu as omissões apontadas.

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta que o Acórdão recorrido, assim decidindo, contrariou o art. 10 do CPC/2015, além de negar vigência aos arts. 487, I, 502 e 503 do mesmo diploma legal. Pede seja reformado o aresto *a quo* para extinguir o processo com julgamento do mérito, de maneira a obter a formação da coisa julgada, ou anulado o acórdão prolatado para garantir que as partes possam se pronunciar previamente à adoção da tese *secundum eventum probationis* fora das hipóteses legais.

Sem contrarrazões, o recurso foi admitido e encaminhado para julgamento do STJ (fl. 259, e-STJ).

É o breve **relatório**. Passo à manifestação.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.027 - PR (2017/0131484-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste gabinete em 22.6.2017.

Razão assiste ao recorrente. O art. 10 do CPC/2015 estabelece:

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

À luz do preceptivo acima, a partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial.

Trata-se de proibição da chamada *decisão surpresa*, também conhecida como *decisão de terceira via*, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo novel Códex Instrumental para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu.

Consoante ensina José Miguel Garcia Medina, em comentários ao art. 10 do CPC/2015, “às partes deve ser reconhecido o direito de participar ativamente no procedimento de tomada de decisão. Tal participação consiste em influir decisivamente nos destinos do processo” (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016, p. 66).

O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a

colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque da reforma do CPC.

MEDINA leciona, citando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

“De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o Tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. **Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.**[...] Mesmo a matéria que o juiz deve conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, **é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar. Ainda aqui o diálogo pode ser proveitoso, porque o Juiz ou o Tribunal, mesmo por hipótese imparcial, muita vez não se percebe ou não dispõe de informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório'** (O juiz e o princípio do contraditório, *RePro* 71/31). **À semelhança do que faz o CPC/2015 nos arts. 9º e 10, esta concepção vem sendo acolhida por todas as legislações processuais modernas”** (MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016, p.) (negritei)

De fato, a proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade virtual do binômio *ciência/influência*. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da *decisão surpresa*, ou *decisão de terceira via*, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador.

Superior Tribunal de Justiça

O processo judicial moderno não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta às partes é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no multicitado art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código.

Transcreve-se o art. 933 do CPC/2015 por paralelismo e simetria com o instituto da vedação à decisão surpresa no âmbito dos tribunais:

Art. 933. 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.

§1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

Dessume-se do acima que a efetiva participação das partes na formação do convencimento judicial e na capacidade de influir no resultado do julgamento não é isolada ou aleatória, tampouco restrita a determinada etapa procedimental. Cuida-se de cânone instrumental que condiciona a atuação do julgador em qualquer instância ou grau de jurisdição. O novo CPC trouxe o dever de o processo ser conduzido de forma colaborativa e equilibrada pelas partes e pelo juiz, sem protagonismo ou quebra de confiança.

Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança em que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente **“sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da**

causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício” (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209).

O escólio de MARIONI, ARENHAT e MITIDIERO arremata:

Essa exigência, de um lado, encontra evidente respaldo no interesse público de chegar-se a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo, não podendo ser identificada de modo nenhum como uma providência erigida no interesse exclusivo das partes. Isso porque o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de democratização do processo. De outro, reforça a confiança do cidadão no Poder Judiciário, que espera legitimamente que a decisão judicial leve em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito a conformar o juízo. (Op. cit, p. 209) (negritei)

Não se desconhece que a aplicação desse novo paradigma decisório pode enfrentar resistência e causar desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais de assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória.

O princípio do contraditório, doravante entendido como direito ao diálogo e à participação colaborativa no processo, demais, nenhuma mácula acarreta aos brocardos latinos *iura novit curia* e *da mihi factum, dado tibi ius*. Socorre-se novamente de MARIONI, ARENHAT e MITIDIERO:

2. *Iura novit curia*. [...] É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive utilizando normas jurídicas não invocadas pelas partes. No entanto, a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar às partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10º, CPC). Isso quer dizer que a máxima do *Iura novit curia* continua plenamente em vigente no novo Código: apenas a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes. 3. O

reconhecimento do caráter problemático do direito e o papel reconstrutivo da sua interpretação judicial fez com que a divisão de trabalho entre o juiz e as partes fosse impactada sensivelmente: **as partes não estão mais confinadas na matéria de fato, assim como o juiz não está mais circunscrito à matéria de direito. Isso porque, a uma, as partes têm o direito de se pronunciar previamente sobre as normas jurídicas que serão aplicadas ao caso concreto pelo juiz e, a duas, o juiz tem o poder de conhecer de ofício fatos secundários e de determinar prova de ofício. Daí que a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência alteraram a tradicional solução outorgada à divisão do trabalho processual pelo brocardo da *mihi factum, dado tibi ius* – que destinava às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito. O novo Código reconhece que as partes têm direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévia á sua aplicação judicial.(Idem) (negritei)**

Sempre que o juiz for decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidade para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo.

Relevante registrar que tal necessidade de abrir oitiva das partes previamente à prolação da decisão judicial que altere ou afete a *litiscontestatio*, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é exatamente nova no direito processual brasileiro. Colhem-se exemplos de sua existência antes mesmo do CPC/2015. É o caso do art. 40, §4º, da LEF, que prevê a possibilidade de o juiz, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, “**depois de ouvida a Fazenda Pública**”. Também dos Embargos de Declaração com efeitos infringentes, em que a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores já reconhecia a necessidade de prévia manifestação da parte sempre que fosse verificada pelo julgador a possibilidade de modificação eventual do julgador anterior.

Nada há de heterodoxo ou atípico, destarte, no contraditório preventivo exigido pelo CPC/2015, tudo a confirmar que a virtual adoção de fundamento

ignorado e imprevisível por ocasião da decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica *error in procedendo* e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida nas instâncias de origem para permitir não só a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador, como também, e principalmente, para assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada.

Dierle Nunes vislumbra ainda outras vantagens na ampliação do debate em um ambiente cooperativo: "**obtenção de decisões bem fundamentadas, em todos os graus de jurisdição, pelo obrigatório respeito ao devido processo constitucional (*due process of law*)**" (NUNES, Dierle. Art. 10. In: STRECK, Lenio Luiz; _____; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52). Assevera o autor que a melhoria do debate induziria a uma menor recorribilidade, diminuição das taxas de reforma decisória e até a diminuição no tempo final do processo, pois a ampliação da discussão ensejaria uma aplicação mais efetiva do direito e permitiria extrair dos julgados padrões decisórios a serem utilizados em casos futuros, com coerência, integridade e estabilidade (Op.cit., p. 53).

Adverte NUNES que, faticamente, o ambiente processual é permeado por comportamentos não cooperativos de todos os sujeitos processuais, uma vez que os mesmos não percebem os ganhos que tal debate (quando bem realizado) produz. O CPC/2015, por sua vez, preocupado em normativamente melhorar o debate processual, contrafaticamente adotou "**a concepção de contraditório dinâmico, substancial ou participativo**", introduzindo mecanismos preparatórios da cognição que induzissem à "**melhoria qualitativa das sentenças, com possível redução das taxas de reforma no segundo grau**", e, nos tribunais, "**a otimização dos trabalhos dentro da lógica que se deve julgar menos vezes e melhor**" (*Idem*).

In casu, o Acórdão recorrido decidiu o recurso de apelação da autora mediante fundamento original não cogitado, explícita ou implicitamente, pelas partes. Resolveu o Tribunal *a quo* contrariar a sentença monocrática e julgar extinto o

Superior Tribunal de Justiça

processo *sem resolução de mérito por insuficiência de prova*, sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercitar sua influência na formação da convicção do julgador. Por tratar-se de resultado não previsto objetivamente no ordenamento jurídico nacional, e que refoge ao desdobramento natural da controvérsia, considera-se insuscetível de pronunciamento com desatenção à regra da proibição da decisão surpresa, posto não terem as partes obrigação de prevê-lo ou advinha-lo.

Embasando-se o *decisum* em fundamento jurídico não submetido à audiência prévia das partes, calha à fiveleta os inafastáveis efeitos do art. 10 c/c art.933 do CPC/2015. Conclui-se que a proibição de *decisão surpresa* ou de *terceira via* mostra-se plenamente aplicável à hipótese dos autos, devendo o Tribunal *a quo* ouvir previamente as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele. O julgado hostilizado há de ser anulado, por isso, com retorno dos autos à origem para intimação das partes a se manifestarem sobre a possibilidade aventada pelo juízo no prazo de 5 (cinco) dias.

A jurisprudência do STJ é no mesmo sentido:

"Quanto à norma do art. 10 do CPC/2015, ela aparentemente se propõe a mitigar os aforismos "Da mihi factum, dabo tibi jus" e "Jura novit curia" – segundo os quais se presume que o juiz conhece a lei adequada para aplicação no caso concreto, devendo reger-se pelo princípio do livre convencimento motivado –, com o intuito de enfatizar uma concepção do processo como colaboração entre as partes e o juiz, em prol da solução da controvérsia (arts. 5º e 6º do CPC/2015). Tal cooperação privilegiaria o contraditório prévio, em detrimento do diferido (que continua sendo admissível no Processo Civil tanto na tutela de urgência quanto na de evidência, segundo o art. 9º do CPC/2015), sob o argumento de que as partes poderiam enriquecer o entendimento do magistrado sobre a matéria, fornecendo-lhe elementos de convicção sobre a interpretação da lei de seus pontos de vista próprios, contribuindo, assim, para a formação de uma razão de decidir que teria levado em conta um cenário mais complexo a respeito do tema em discussão. (EDcl no AgRg nos EREsp 1510816/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2017, DJe 16/05/2017)

"O princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento" (REsp 421.342/AM, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em

Superior Tribunal de Justiça

11/06/2002, DJ 25/11/2002, p. 240).

"É imperiosa a proteção da boa-fé objetiva das partes da relação jurídico-processual, em atenção aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e seus corolários - princípios da confiança e da não surpresa - valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico" (REsp 1306463/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012)

Mister observar, por fim, que a resistência de mérito posta no Recurso Especial é relevante e guarda potencial capacidade de alterar o julgamento prolatado, a despeito da analogia realizada no julgamento recorrido com precedente da Corte Especial do STJ proferido sob o rito de e recurso representativo de controvérsia (REsp 1.352.721/SP, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 28/04/2016). A extensão e alcance da decisão utilizada como paradigma para além das circunstâncias ali analisadas e para "todas as hipóteses em que se rejeita a pretensão a benefício previdenciário em decorrência de ausência ou insuficiência de lastro probatório" merece a devida cautela.

A identidade e aplicabilidade automática do referido julgado à situação em liça reclama debate circunstanciado como exigência da cooperação processual e da confiança legítima em um julgamento sem surpresas, o que corrobora a importância de abrir às partes a oportunidade de se manifestarem antecipadamente à decisão prolatada na instância de origem. A ampliação irrefletida e não amadurecida das hipóteses de retirada da autoridade da coisa julgada fora dos casos expressamente previstos pelo legislador pode gerar insegurança jurídica e risco de decisões contraditórias.

O sistema processual pátrio prevê a chamada coisa julgada *secundum eventum probationis* apenas para hipóteses bastante específicas e em processos de natureza coletiva. Cuida-se de técnica adotada com parcimônia pelo legislador nos casos de Ação Popular (art. 18 da Lei 4.717/1965) e de Ação Civil Pública (art. 16 da Lei 7.347/1985 e art. 103, I, CDC). Mesmo nesses casos com expressa previsão normativa, não se está a tratar de *extinção do processo sem julgamento do mérito*, como decidido pela origem, mas de pedido julgado "*improcedente por insuficiência de provas*", hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico

Superior Tribunal de Justiça

fundamento, *valendo-se de nova prova*” (art. 16, ACP).

A diferença é significativa, pois no caso de a ação coletiva ter sido julgada improcedente por deficiência de prova a própria lei que relativiza a eficácia da coisa julgada torna imutável e indiscutível a sentença no limite das provas produzidas nos autos. Não impede que outros legitimados intentem nova ação com idêntico fundamento, mas exige *prova nova* para admissibilidade *initio litis* da demanda coletiva. Nada mais razoável, diante da eficácia *erga omnes* da sentença e da amplitude subjetiva dos afetados pelo *meritum causae* objeto da controvérsia.

Não é o que se passa nas demandas individuais decididas sem resolução da lide e, por isso, não acobertadas em nenhuma extensão pela eficácia imutável da autoridade da coisa julgada material. A extinção do processo sem julgamento do mérito opera coisa julgada meramente formal e torna inalterável o decisum tão somente no mesmo processo. Não obsta que o autor intente nova ação com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, inclusive com o mesmo conjunto probatório, e ainda assim receba decisão díspar da prolatada no processo anterior.

A falta de definitividade da solução da controvérsia, ainda que nos limites da prova já apreciada em juízo, fragiliza a estabilidade das relações, a segurança jurídica e perpetua o *status* litigioso, submetendo o réu a reposituras de ações idênticas, mas sujeitas a decisões diversas. A jurisdição passa a ser loteria em favor de uma das partes em detrimento da outra, sem mecanismos legais de controle. Por isso, a solução objeto do julgamento proferido pela Corte Especial do STJ no REsp 1.352.721/SP recomenda interpretação comedida, de forma a não ampliar em demasia as causas sujeitas à instabilidade extraprocessual da preclusão máxima.

Diante de todo o exposto, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou superação de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância fiel do devido processo legal, de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015.

Posto isto, **dou provimento** ao Recurso Especial, para anular o

Superior Tribunal de Justiça

juízo recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para cumprimento do disposto nos arts. 10 e 933, *caput*, do CPC/2015.

É como **voto**.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2017/0131484-0

REsp 1.676.027 / PR

Números Origem: 00012592920138160042 12592920138160042 50243442520164049999
PR-00012592920138160042

EM MESA

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RECORRIDO : REGINA CAITANO DOS SANTOS
ADVOGADO : JESUINO RUYS CASTRO - PR030762

ASSUNTO: DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie - Pensão por Morte (Art. 74/9)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Francisco Falcão.