

**Direito Concorrencial e Contencioso**

[Mauro Grinberg](#)

## O Cade e o princípio da não surpresa

Não há possibilidade legal de surpresa na decisão: tudo tem que ser devidamente discutido antes com as partes

O novo Código de Processo Civil (CPC) trouxe um novo conceito ao processo civil brasileiro, contido no 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 a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

Trata-se do princípio da não surpresa, na verdade um desdobramento do princípio do contraditório (Constituição Federal, art. 5º, LV). Este dispositivo não tem correspondência na Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC), sendo aplicável ao processo concorrencial em decorrência do art. 115 desta lei.

Expõe sobre ele Welder Queiroz dos SANTOS: "É imperioso que as partes saibam quais são as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo juiz, bem como que tenham a oportunidade de contribuir para a formação da decisão.

Desse modo, as partes podem elucidar todos os fatos relevantes, indicar as suas respectivas provas e formular indagações (...) Assim, se o juiz tem a impressão de que um texto normativo, tido pelas partes como aplicável ao caso, é inconstitucional, ele deve intimá-las para, querendo, manifestarem sobre a (in)constitucionalidade, se em nenhum momento processual tal questão foi objeto de debate. Idem para as questões de ordem pública processual, bem como as condições da ação e os pressupostos processuais" ("Comentários ao Código de Processo Civil", org. Cassio Scarpinella Bueno, Vol. 1, Saraiva, São Paulo, 2017, págs. 155/156).

É importante aqui salientar que um juiz não pode, na sua decisão, por exemplo julgar prescrito um direito, sem que tenha havido não apenas amplo debate como também abertura para a possibilidade de produção de provas. Sem isso o contraditório é violado.

O mesmo ocorre em qualquer processo administrativo sancionador; nem a Administração pode ser surpreendida, na decisão, por um motivo sobre o qual não houve menção prévia, nem o administrado pode ser condenado por um motivo sobre o qual não houve amplo debate e, ainda, possibilidade de produção de prova no momento para tanto adequado.

Vale aqui lembrar que, em setembro de 2017, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, no Recurso Especial 1.676.027-PR, sendo Relator o Ministro Herman Benjamin, tratando exatamente do princípio da não surpresa, que "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".

Indo mais fundo, "o contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência". Ou seja, não é suficiente ter informação dos fatos e dos argumentos constantes do processo, mas é fundamental que as partes possam exercer sua influência, o que ocorre com frequência mediante a produção de prova no momento adequado.

Examinemos agora o momento em que se estabelece o objeto do litígio (mantido aqui no singular para efeito de simplificação, mas em determinados casos podendo ser tratado no plural), sobre o qual as partes têm o direito de se manifestar e de produzir a devida prova.

No processo civil este momento é o do despacho saneador, previsto no art. 357 do CPC, em cujo inciso II consta que o juiz deve "delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos".

Este dispositivo tem correspondência na LDC, cujo art. 72 estabelece: "Em até 30 (trinta) dias úteis (...) a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei (...)".

Embora a palavra "saneamento" (ou "saneador") não esteja no texto legal, esse despacho tem sido tratado como saneador. Nele a SG deve, com relação ao mérito, estabelecer os pontos controvertidos da demanda e deferir ou indeferir as provas requeridas, podendo mesmo determinar de ofício a produção de outras provas.

Isto é feito pela SG com base da Nota Técnica de abertura do processo (considerada "peça vestibular" pelo art. 69 da LDC) e na defesa do acusado. E, se há a determinação da produção de provas, é obviamente necessário que se estabeleça sobre o que se deve/pode produzir as referidas provas; ou seja, o objeto da demanda. As partes têm necessariamente que saber, neste momento processual, quais os pontos da controvérsia.

Todavia, no debate subsequente favorecido pelo contraditório, podem vir à tona determinados fatos, até mesmo levados por terceiros ou colhidos pela própria autoridade. Quanto a tais fatos novos, não basta abrir vista para as partes; é preciso, para que tais fatos possam ser considerados na decisão, permitir às partes a produção de prova, ainda que já tenha sido proferido o despacho saneador. É imperiosa que a produção desta nova prova seja deferida; caso contrário, haverá violação do princípio da não surpresa e, conseqüentemente, do princípio do contraditório.

O princípio da não surpresa, embora implícito na legislação anterior, encontra-se agora expresso na legislação processual civil, não se podendo ignorá-lo nem no processo civil nem no processo administrativo sancionador.

Artigo publicado no site de informações Jota em 12 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-cade-e-o-principio-da-nao-surpresa-12122019>