

O CONTRADITÓRIO E A PROIBIÇÃO DAS DECISÕES-SURPRESA

Pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O contraditório: o acto normativo. 3. O contraditório: a disposição normativa. 4. O contraditório: a doutrina. 5. O contraditório: a jurisprudência. 6. Notas críticas sobre a jurisprudência. 7. Casuística. 8. Valor negativo da falta de actuação do contraditório. 9. Nulidade do processo ou da sentença? Reclamação ou recurso? 10. As três respostas da jurisprudência à prova. 11. Há um remédio de quarta via? 12. Conclusão.

«Il principio del contraddittorio si fonda sul presupposto che una questione discussa è meglio decisa di una questione non discussa»

F.P. LUIO, *Diritto Processuale Civile*, I, *Principi Generali*, Dodicesima Edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021:35

«La regola di attuazione del contraddittorio (...) deviene una sorta di “punto Aleph” del processo: uno punto privilegiato di osservazione dal quale si possono, tendenzialmente, vedere tutte le cose che è necessario che il giudice veda per decidere nel modo migliore»

CINZIA GAMBA, *L'altro volto, Le funzione del contraddittorio e l'articolo 101, comma 2, c.p.c.*, Cacucci, Editore, Bari, 2018:304.

1. Introdução

O contraditório representa uma garantia civilizacional de grande alcance e não deve ser visto como um inútil formalismo que atrasa os processos e favorece a chicana das partes e as manobras dilatórias dos advogados.

Sem contraditório não há igualdade, nem está assegurada uma defesa efectiva; sem contraditório não temos sequer processo⁽¹⁾.

Estas proposições pertencem hoje ao saber acumulado da maioria dos juristas dos países democráticos e, supostamente, fazem parte da cultura comum dos juízes portugueses.

Pois (não é verdade) que desde a sua versão originária, de 1939, o nosso direito positivo contém, no art. 3.º do Código de Processo Civil⁽²⁾, uma definição de contraditório?

Não é certo que o princípio do contraditório, no processo criminal é verdade, teve logo assento constitucional em 1976 (art. 32.º, 5, CRP)?

E anterior consagração a nível supranacional (arts. 10.º e 11.º DUDH, 6.º CEDH e 14.º PIDCP)?

Não é mesmo verdade que um processo equitativo (art. 20.º, 4) postula a efectividade do direito de defesa no processo, bem como os princípios do contraditório e da igualdade de armas⁽³⁾?

No entanto, este clima favorável, não já só ao respeito, mas, mais do que isso, à ampliação e incremento do princípio do contraditório, só se fez sentir no nosso regime positivo do processo civil, com a reforma de 95/96. Esse princípio passou a declinar-se não apenas no direito de qualquer uma das partes a ser chamado e de se fazer ouvir na acção, como anteriormente — portanto, numa perspectiva estática do processo —, mas também na obrigação de o juiz fazer cumprir e observar ele próprio aquele princípio — num diálogo dinâmico entre os intervenientes na lide.

Passaram, desde então, a ser proibidas as **decisões-surpresa**, também chamadas *decisões solitárias, solipsisticamente adoptadas* ou de *terceira*

(1) GIROLAMO MONTELEONE, *Diritto Processuale Civile*, 3.ª ed., Cedam, Padova, 2002: 19. NICOLA PICARDI, *Manuale del Processo Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006:209, afirma também que «onde não há contraditório não há processo. Onde não há processo não há jurisdição». Em idêntico sentido, ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di Diritto Processuale*, viii edizione, Cedam, Padova, 2005:82 ss. Quero com estes autores dizer que o contraditório é *um carácter essencial do processo*. Outra coisa é saber se contraditório se identifica só com o processo.

(2) Serão deste Código, na sua versão de 2013, os artigos ulteriormente citados sem diferente menção.

(3) RUI MEDEIROS *in* JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. XVIII ao art. 20.º, 441.

via⁽⁴⁾. Garantia que muitos colocam no plano da cooperação processual, na sua vertente de obrigação do juiz consultar as partes, para que, numa «comunidade de trabalho», se chegue a uma decisão (mais) «justa».

O âmbito e modo de cumprimento deste novo dever de o juiz provocar o contraditório suscitou, desde o início da sua equação pelo legislador, assinaláveis dúvidas interpretativas e mesmo reservas, sobretudo por parte dos juízes, que recearam o controlo horizontal das suas decisões.

O presente trabalho propõe-se percorrer as etapas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais que contribuíram para a actual configuração do contraditório e ver como, depois de legalmente pronto e consagrado, numa vertente ampla e aberta, a doutrina e a jurisprudência trataram de «desmaquilhar» o novo rosto da contradição, contribuindo, na prática, para o esvaziamento da proibição das decisões-surpresa, cujo regime de impugnação, incerto e complicado, acaba por aprofundar.

2. O contraditório: o acto normativo

O art. 3.º, 3 preceitua: *O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo casos de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.*

Os primeiros desenvolvimentos a propósito do tema das decisões-surpresa devem-se à doutrina processualística da Alemanha ocidental que, a partir dos anos 60, começou a discutir a possibilidade e valor das decisões jurisdicionais fundadas em tese, de facto ou de direito, diversa daquela que tinha sido equacionada no processo pelas partes. Uma solução para o problema encontra-se no § 139, 2, da ZPO, dispondo que *«Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelehenheit zur Äusserung dazu gegeben hat. Dasselbe*

(4) ««Terceira via» é aquela que o juiz escolhe percorrer, na decisão da causa, atirando para detrás das costas as alegações das partes (primeira e segunda vias)», ROBERTA COSTANTINO, *Principio del contraddittorio e decisioni della terza via*, <www.contabilita-pubblica.it>. Esta expressão é mais restrita do que decisões-surpresa que abrange todas as decisões inovadoras do juiz, independentemente da conduta das partes em juízo.

gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beiden Parteien»⁽⁵⁾.

Uma regra semelhante encontra-se em França, cujo art. 16.º do *nouveau code de procédure civile* impõe ao juiz o dever de «*en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction; Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*».

Na Itália, depois da reforma de 2009 do *Codice di procedura civile*, o art. 101.º, § 2, estipula: «*se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*».

A proibição de decisões-surpresa, que decorre do art. 3.º, 3 provém do art. 4.º, 3, do Anteprojecto do Código de Processo Civil, de 1988, da Comissão Varela, o qual dispunha: «*As partes devem ser ouvidas sobre as próprias questões de que o juiz conheça oficiosamente, salvo caso de manifesta desnecessidade*».

A uma primeira comparação talvez não surjam diferenças assinaláveis entre as duas redacções, apesar de terem a separá-las 25 anos, um novo Projecto de código de processo, em 1990, a rejeição desse projecto, pelo Ministro da Justiça, Laborinho Lúcio, a elaboração, em 1992, das *Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*, a aprovação, com base nessas Linhas, do Decreto-lei n.º 329.-A/95, de 12 de Dezembro, a alteração/complemento operada pelo Decreto-lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, o Memorando de Entendimento entre o governo português e a Troyka e, finalmente, enquadrada por este Entendimento, a feitura do chamado Código de Processo Civil de 2013.

Todavia, como penso que dizia Marx, «se a aparência fosse a essência não havia ciência».

Em verdade, em todos aqueles momentos foi equacionada a extensão a conferir ao contraditório e as pessoas do foro tiveram oportunidade de se debruçarem com atenção sobre as novas propostas e de debater amplamente as novas ideias.

⁽⁵⁾ O juiz pode basear a sua decisão numa questão que a parte não notou ou considerou irrelevante, só se, salvo o caso de questões secundárias, o juiz tiver expressamente chamado a atenção da parte sobre o ponto, concedendo-lhe a possibilidade de se exprimir sobre o mérito. O mesmo deve dizer-se para uma questão que o juiz tiver considerado de modo diferente do que fizeram as partes.

Do debate havido e das modificações que a redacção do preceito sofreu fica o registo de um itinerário flutuante e errático, percorrido em sucessivos avanços e recuos.

Vejamos, em traços largos, esse itinerário.

O art. 3.º, na redacção originária, de 1939, preceitua que o tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e *a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição*.

A natureza contraditória da acção era então concebida como uma garantia de defesa de cada uma das partes no confronto com a outra. Nesta acepção, o perfil *cognitivo-epistémico* — enquanto permite um melhor conhecimento dos factos da controvérsia — e materialmente *argumentativo* — enquanto faculta construir «boas razões» e «bons argumentos» como fundamento da decisão —, é deixado inteiramente de lado⁽⁶⁾.

A necessidade de garantir ao autor e réu a possibilidade de um confronto leal levou a que a atenção dos processualistas se concentrasse nos mecanismos técnicos postos ao serviço daquela garantia e particularmente nos actos introdutórios do processo, v. g. no regime da citação, definida justamente como acto pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada acção *e se chama ao processo para se defender* (art. 228.º de 39).

Nas últimas reformas do processo, desde 1988, foram introduzidas importantes alterações normativas que envolveram o contraditório e regras conexas.

Em 2 de Maio de 1984, o então ministro da justiça, Rui Machete, nomeou uma comissão de nove pessoas, presidida pelo antigo ministro de Salazar, Professor Antunes Varela, para proceder à revisão do código de processo civil.

Do trabalho dessa Comissão saiu a Reforma Intercalar do DL n.º 242/85, de 9 de Julho, e, em 1988, um Anteprojecto de Código do processo, assente nas mesmas (velhas) ideias do código então vigente, o qual foi objecto de aceradas críticas por parte da comunidade forense⁽⁷⁾.

Não foi por causa disto que o Anteprojecto não obteve consenso, mas uma das críticas dirigidas à Comissão foi precisamente o facto de ter apos-

(6) Pôr em destaque estes novos perfis é justamente o propósito do interessante estudo de CINZIA GAMBA citado em epígrafe.

(7) ANA SOUSA DIAS, “Processo Civil: os porteiros de Kafka”, *Expresso*, 14.01.1989; “Novo Processo Civil não tem consenso”, *Público*, 12.08.1990.

tado em demasia no dirigismo do juiz e no modo como em certos pontos descurava o contraditório.

Assim, por exemplo, no art. 8.º, 2, consagrava-se a possibilidade de o juiz atender, na decisão, a factos essenciais não alegados, o que podia conduzir a que a parte fosse surpreendida em juízo com factos que não estava preparada para rebater, com a agravante de esses factos poderem ser levados em conta na decisão final, o que constitui manifesta ofensa do princípio do contraditório⁽⁸⁾. Princípio este que o art. 4.º, 3 ampliava.

A Ordem dos Advogados emitiu parecer, subscrito por Armindo Ribeiro Mendes e José Lebre de Freitas, no qual manifestou apreensão sobre o poder discricionário conferido ao juiz por aquela norma⁽⁹⁾.

Em 1990, perante as críticas formuladas ao anterior anteprojecto, foi apresentado novo Projecto, só publicado em 1993. O art. 4.º, ao arrepio do citado parecer, manteve, no mesmo número 3, a redacção anterior, mas já no art. 9.º, 2, correspondente ao anterior art. 8.º, 2, o aproveitamento officioso de factos essenciais não alegados ficava dependente de à parte contrária ter sido efectivamente facultada a produção de contraprova ou prova do contrário.

Lebre de Freitas, em nome da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados, emitiu parecer enfatizando que «*a audiência das partes antes da sentença, tal como o assegurar o contraditório sobre os fundamentos de direito em que ela se funde, não são princípios que, em caso algum, possam ser postergados*»⁽¹⁰⁾ e censurou um conjunto de regras no qual se continuava a contrariar aquele princípio.

O Ministro da Justiça, Álvaro Laborinho Lúcio, rejeitou o projecto da comissão Varela, por entender que as soluções encontradas estavam demasiado comprometidas com o modelo de 39 e desajustadas da realidade económica e social do país⁽¹¹⁾, e nomeou, pelo despacho n.º 12/92 de 27 de Janeiro, um grupo de trabalho⁽¹²⁾ com a incumbência de elaborar um conjunto de orientações para a modernização do processo civil.

(8) TERESA SAPIRO ANSELMO VAZ, “Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos)” (Cont.), *ROA*, 1995, Vol. III, 891/892.

(9) «Na verdade, admite-se que o juiz deixe de ouvir as partes sobre as questões de que possa conhecer officiosamente em “caso de manifesta desnecessidade”. Embora se confie num uso prudente desta faculdade, acredita-se que a solução preferível seria a de eliminação pura e simples da restrição final», ARMINDO RIBEIRO MENDES e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Parecer da Comissão de legislação da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto do Código de Processo Civil”, *ROA*, ano 1989, ano 49, Vol. II, 620.

(10) JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados sobre o projecto de Código de Processo Civil, *ROA*, 1990, Vol. III, 768.

(11) Álvaro Laborinho Lúcio, *O julgamento: uma narrativa crítica da justiça*, Dom Quixote, Lisboa, 2012, 85.

(12) Constituído por Pereira Baptista (Desembargador), Carlos Lopes do Rego (Procurador

Nesse mesmo ano de 1992, foram publicadas as *Linhas orientadoras da nova legislação processual civil*⁽¹³⁾.

Estas *Linhas*, que elegem o **princípio da cooperação** como referência essencial do modelo processual preconizado, tomam uma clara posição a favor da proibição das decisões-surpresa⁽¹⁴⁾.

Finda a tarefa daquele grupo de trabalho, por despacho n.º 14/94, de 15 de Abril, o Ministro da Justiça nomeou uma comissão coordenada pelo Secretário de Estado Adjunto⁽¹⁵⁾, com a missão de prosseguir a reforma processual civil tendo em vista a futura aprovação de um novo Código de Processo Civil.

Dessa comissão saiu a público, em Fevereiro de 1995, um Projecto de Revisão do Processo Civil⁽¹⁶⁾, elaborado com base nas referidas *Linhas orientadoras*.

Esse projecto mereceu a atenção da nossa comunidade jurídica, foi amplamente divulgado em inúmeros debates e conferências e, finalmente, convertido em lei pelo Decreto-lei n.º 329.-A/95, de 12 de Dezembro.

Este decreto acrescentou um n.º 3 ao art. 3.º, com a seguinte redacção: «*O juiz deve observar e fazer cumprir; ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de, agindo com a diligência devida, sobre elas se pronunciarem*»⁽¹⁷⁾.

Geral Adjunto), Lebre de Freitas (Professor), João Correia (Advogado), António Telles (Advogado) e Cristina Silva Santos (Jurista).

⁽¹³⁾ Estas Linhas Orientadoras encontram-se publicadas na Revista *Sub iudice, Ideias*, 4, 1992, 37, ss., no *Boletim da Ordem dos Advogados* 2/93, 53, ss., e em opúsculo do Ministério da Justiça, publicado em 1992. Sobre os princípios nessas Linhas, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Os princípios gerais nas linhas orientadoras da nova legislação processual civil”, *ROA*, 1995, I, 6-18 e *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 17-29.

⁽¹⁴⁾ Nos seguintes termos: «O pleno respeito pelo princípio do contraditório implicará que sejam banidas as “decisões-surpresa” ao longo de todo o processo, incluindo a instância de recurso. Assim, não deverá ser lícito ao tribunal decidir as próprias questões de conhecimento officioso sem que previamente tenha sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, tal como não deverá o juiz decidir com base em qualificação jurídica substancialmente inovadora que as partes não hajam considerado sem antes lhes dar a possibilidade de produzirem as suas alegações, perspectivando o enquadramento jurídico vislumbrado pelo tribunal».

⁽¹⁵⁾ Constituída por Afonso de Melo (Desembargador), Pereira Baptista (Desembargador), Lopes do Rego (Procurador Geral Adjunto), João Correia (Advogado) e Márcia Portela (Juíza de Direito).

⁽¹⁶⁾ Há uma edição de Fevereiro de 1995, editada pelo Ministério da Justiça.

⁽¹⁷⁾ Como razão justificativa de semelhante inovação, pode ler-se no Preâmbulo do diploma: «Afirmam-se como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação e procuram deles extrair-se consequências con-

O Decreto-lei n.º 180/96, de 25 de Setembro, já da autoria do novo governo saído das eleições legislativas de 1995, substituiu, no aludido n.º 3 do art. 3.º, no que se refere à dispensa da prévia audiência das partes para as precaver contra decisões-surpresa, o critério da **manifesta desnecessidade da audiência** ao da **actuação do interessado com a diligência devida**, «em consonância com o que, em sede de nulidades, já resulta do n.º 1, do art. 207.º do Código de Processo Civil» (*do preâmbulo*).

Este art. 207.º, na versão originária de 1939, limita-se a dizer que, por regra, no primeiro grau, as nulidades devem ser apreciadas logo que deduzida a reclamação. No segundo e terceiros graus, apresentada a reclamação, o relator levava o processo à conferência para se decidir por acórdão. A lei não exigia, portanto, a audiência da parte contrária nem se opunha a ela⁽¹⁸⁾.

A reforma de 61, sob a invocação de que essa era a «*prática que já vinha sendo observada pelos tribunais, em obediência ao princípio da contrariedade proclamado pelo art. 3.º*»⁽¹⁹⁾, passou a dizer que a arguição pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária e adaptou a tramitação nos tribunais superiores à inovação do n.º 1 do mesmo art. 207.º, admitindo o contraditório prévio à conferência, caso o relator *o julgar necessário*.

Finalmente, o Decreto-Lei 242/85, de 9 de Julho, fixando a redacção que está hoje em vigor no art. 201.º, dispôs que a arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade.

Ou seja: como assinala Cardona Ferreira, «*tornou-se claro que pode não só indeferir-se, mas também deferir-se a arguição de nulidade, sem audiência da parte contrária*»⁽²⁰⁾. Para este magistrado, «*tal, porém, só*

cretas, ao nível da regulamentação dos diferentes regimes adjectivos. Assim, prescreve-se, como dimensão do princípio do contraditório, que ele envolve a proibição da prolação de decisões surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento officioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, e aplicando-se tal regra não apenas na 1.ª instância, mas também na regulamentação de diferentes aspectos atinentes à tramitação e julgamento dos recursos».

⁽¹⁸⁾ ALBERTO DOS REIS, pronunciando-se sobre a necessidade ou não de se ouvir a parte contrária previamente ao julgamento das nulidades, pronunciava-se assim: «Se a arguição reveste uma grande simplicidade, quer no aspecto de facto quer no aspecto de direito, o juiz não carece de ouvir a parte contrária; semelhante audiência é, em tal caso, uma formalidade sem justificação, que só serve para diminuir o magistrado. Mas se a questão suscitada pela arguição é complexa e embaraçosa, ou porque os factos se apresentavam incertos e confusos ou porque o direito a aplicar oferece dúvidas e dificuldades, está naturalmente indicado que o juiz procure elucidar-se, ouvindo a parte contrária».

⁽¹⁹⁾ EURICO LOPES CARDOSO, *Código de Processo Civil, Anotado*, Almedina, Coimbra, 1962, 152.

⁽²⁰⁾ CARDONA FERREIRA, *Decreto-lei 242/85, de 9 de Julho, (reforma intercalar do Processo Civil), Notas Práticas*, s.e., 1986, 18.

deve acontecer quando seja manifesta a desnecessidade dessa audiência, isto é, quando for de tal modo evidente a razão do arguente e simples a questão que seria meramente protelante e inútil a audiência da parte contrária»⁽²¹⁾.

Foi pois na exigência desta desnecessidade qualificada de ouvir a parte contrária como condição de dispensa do contraditório que o legislador de 96 se inspirou para procurar afastar a previsão incómoda, baseada na citada redacção do DL 329-A/95, «*de um raciocínio judicial de acordo com o qual, se o juiz se apercebe de certa questão oficiosa, também as partes, se tivessem sido diligentes, dela se podiam ter apercebido, com o que dificilmente poderia ocorrer uma decisão-surpresa*»⁽²²⁾.

A intenção era sem dúvida boa e representava um passo em frente, tímido embora, na protecção do interesse dos particulares. Mas, para muitos, a diferença de redacção das duas formulações legais não era afinal relevante porquanto ambas convergiam num núcleo essencial comum: a audição *excepcional e complementar* das partes apenas nos casos em que não seja exigível que essa parte tenha perspectivado uma questão jurídica durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela. Interpretação que, se não erro, conduz na prática, como veremos, a obstaculizar a ampliação que o legislador de 96, bem ou mal, quis dar ao artigo.

A história do art. 3.º, 3 fica praticamente por aqui. Por despacho de 18.12.2009, o ministro da Justiça do XVIII Governo Constitucional nomeou uma comissão incumbida de proceder à revisão do Código de Processo Civil⁽²³⁾.

Cessadas as funções do secretário de Estado da Justiça, a Comissão interrompeu os seus trabalhos, depois retomados com o novo governo que reconduziu a anterior Comissão e todos os seus membros, agora sob a coordenação de João Correia. Os trabalhos foram concluídos em Dezembro de 2011. Em 2012, considerando os condicionamentos impostos pelo memorando de entendimento com a Troyka, a ministra da Justiça designou

⁽²¹⁾ *Idem.*

⁽²²⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 10.

⁽²³⁾ Essa comissão era presidida pelo secretário de Estado da Justiça João Correia e integrava mais os seguintes elementos: António Abrantes Geraldês, juiz desembargador, Armindo Ribeiro Mendes, advogado, Carlos Lopes do Rego, juiz-conselheiro, Gabriela Cunha Rodrigues, juíza de direito, João Cardoso Alves, procurador-adjunto, João Paulo Remédio Marques, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Júlio de Castro Caldas, advogado, Miguel Teixeira de Sousa, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e Paulo Pimenta, professor do Departamento de Direito da Universidade Portucalense e advogado.

João Correia e Paulo Pimenta para proceder à revisão geral da proposta da anterior Comissão. Apesar da razoável discussão e das hesitações sobre o perfil que o contraditório devia assumir na relação entre os poderes do juiz e das partes, a reforma de 2013 deixou intocada a redacção de 96 do art. 3.º, 3.

Pelo caminho fica a rejeição de se voltar à redacção do Projecto de 95 (*diligência devida*), a cominação expressa de nulidade para as decisões que ofendessem o contraditório, e, *last but not least*, a rejeição pela Assembleia da República da exigência que a manifesta desnecessidade em garantir o contraditório fosse **devidamente fundamentada**⁽²⁴⁾.

3. O contraditório: a disposição normativa

Depois do percurso errático e ziguezagueante que traçámos e depois de mantida, em 2013, a redacção fixada, 25 anos antes, para o art. 3.º, 3 podemos agora indagar o que diz esta regra.

Não levanta dúvidas o núcleo essencial da proposição normativa: a indicação às partes das questões a decidir constitui uma obrigação do juiz e não uma mera faculdade, um simples dever deontológico; o juiz *deve* observar o princípio do contraditório. Por outro lado, a lei é expressa ao dizer que esta obrigação vincula o juiz ao *longo de todo o processo* e não apenas numa fase dele, o que já resultaria da inclusão do preceito nas disposições e princípios gerais, aplicáveis portanto a todos os processos e suas fases.

Os restantes segmentos não são de apreensão imediata. Começamos pelo verbo **decidir**, na expressão «*decidir questões de direito ou de facto*».

Em Portugal, as decisões judiciais são de dois tipos: sentenças ou despachos (152.º, 1). Quando proferidas por um colégio de juizes, as sentenças dizem-se acórdãos (152.º, 3).

O art. 152.º, 2, oferece-nos uma definição de sentença: «*Diz-se sentença o ato pelo qual o juiz decide da causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa*».

(24) A supressão do segmento «devidamente fundamentada» foi da iniciativa do PSD, BE e PCP, sendo que a Associação sindical dos juizes portugueses opinou que «se é manifesta a desnecessidade, isto é, *ostensiva, incontestável, evidente* para qualquer destinatário devidamente informado, não se compreende porque se exige que seja declarada, isto é, afirmada no despacho e, muito menos, que esta declaração seja devidamente fundamentada» (parecer da Associação, p. 6, *in site* do Parlamento).

As sentenças civis são, por conseguinte:

- a) actos processuais;
- b) proferidos por juízes;
- c) no âmbito de uma causa principal ou de um incidente que apresente a estrutura de uma causa;
- d) que decidem essa causa ou esse incidente.

O Código utiliza em 213 artigos o substantivo *decisão* (em 10, «**decisão judicial**»). Além do substantivo *decisão*, o legislador usa também os verbos **apreciar** [arts. 82.º, 2, 123.º, 3, 591.º, 1, *b*), 593.º, 3, 595.º, 1, *a*) e 5, 615.º, 1, *a*), 617.º, 5, 652.º, 2, 715.º, 3 e 1106.º), e (re)**conhecer** (arts. 32.º, 1, 91.º, 1, 98.º, 101.º, 1, 109.º, 1 e 2, 196.º, 339.º, 411.º, 573.º, 2, 578.º, 590.º, 1, 591.º, *b*), 595.º, 1, *a*) e *b*), e 4, 617.º, 5, 639.º, 3, 643.º, 1, 652.º, 1, *b*), 655.º, 1, 655.º, 1 e 2, 734.º, 1, 877.º e 879.º, 5] para se referir a pronunciamentos do juiz.

Apreciar não é obviamente decidir, mas ponderar ou avaliar para decidir depois. Por sua vez, pelo contrário, *conhecer* é pôr a tónica na vertente cognitiva ou intelectual da decisão.

Parece-me que podem estar sujeitas a prévia contradição, as decisões, qualquer que seja a sua forma, mediante as quais o juiz toma conhecimento ou decide uma questão, um incidente ou uma causa, desde que verificados os demais condicionalismos legalmente exigidos.

Costuma distinguir-se os poderes de direcção do processo dos poderes de iniciativa probatória e, sob um ulterior perfil, dos poderes decisórios do juiz. Nenhum deles me parece ser de excluir do contraditório *ex ante*, desde que sobre questões, de direito, de facto ou mistas, de conhecimento officioso.

Pelo contrário, estarão fora daquela imposição os despachos de mero expediente e de mera gestão processual, sem influência na decisão da causa.

Passemos agora ao conceito de **questão**. Não há, no código de processo, definição do termo *questão*, nem um critério coerente subjacente à criação da linguagem legal. Ao usar o termo *questão*, no citado art. 3.º, 3, o legislador está a modificar a linguagem natural conferindo a este termo um significado técnico.

A nossa jurisprudência, mais do que a doutrina, tem-se debruçado imensas vezes sobre aquele conceito, mas num plano diferente, em ordem a dar um significado adequado ao termo «questões» usado nos arts. 608.º, 2, e 615.º, 1, *d*)⁽²⁵⁾.

(25) É este o entendimento jurisprudencial pacífico entre nós: o juiz tem de atender aos pedi-

Esta noção de questão, que tem sobretudo que ver com as pretensões dirigidas ao juiz pelas partes e respectivos fundamentos, não pode ser decalcada para o art. 3.º, 3.

Aqui, o termo **questão** refere-se aos **temas de decisão** que podem ser objecto de uma pronúncia por parte do juiz, seja ela de facto ou de direito, de natureza substancial ou processual e não abrange os meros motivos, argumentos, considerações ou juízos de valor constantes dos fundamentos da decisão. A obrigatoriedade do princípio do contraditório tem por finalidade evitar que as partes sejam confrontadas com essas decisões e não com os fundamentos com que não contavam de decisões que já eram esperadas.

Não sei se «*por preguiçosa rotina ou por tocante incapacidade para ultrapassar, nestas questões, as facilidades do elementar*»⁽²⁶⁾, o art. 3.º, 3 continua a distinguir **questões de direito** e **questões de facto**, considerando-as duas entidades em si, duas entidades significativo-conceituais diferentes.

Houve é certo uma tentativa de baixar, não de demolir, o muro conceptual que separa o direito do facto, como o demonstra, por exemplo, a eliminação do questionário e a sua substituição pelos temas de prova e a supressão do julgamento de facto em decisão autónoma (anterior art. 653.º), a qual passou a ser feito juntamente com o julgamento de direito.

Porém, a nossa lei processual continua a utilizar com grande desenvoltura nas suas prescrições normativas as fórmulas conceituais e doutrinárias «matéria de facto»-«matéria de direito», «questão de facto», «questão de direito»⁽²⁷⁾.

Como costuma ser evidenciado, a referida distinção tem, em processo civil, um triplo relevo: como critério de competência, v. g. do Supremo

dos deduzidos, a todas as causas de pedir e excepções invocadas e a todas as excepções de que oficiosamente lhe cabe conhecer, mas não tem de se pronunciar sobre os **motivos, argumentos, considerações, razões** ou **juízos de valor** produzidos pelas partes nos seus articulados, e, em geral, sobre todos os meios de que a parte se socorre para fazer valer as ditas causas, ou, ainda menos, sobre a qualificação jurídica oferecida pelos litigantes (*iura novit curia*). «São, na verdade, coisas diferentes: deixar de conhecer de *questão* de que devia conhecer-se, e deixar de apreciar qualquer *consideração*, argumento ou razão produzida pela parte. Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer o seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida da questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão», JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil*, Anotado, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, 143.

⁽²⁶⁾ CASTANHEIRA NEVES, “Matéria de Facto-Matéria de Direito”, RLJ, 129.º ano (1996/1997), 167.

⁽²⁷⁾ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade, (ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A Crise*, Almedina, Coimbra, 1967, 12, nota 1.a.

Tribunal de Justiça; como critério funcional da repartição dos papéis dos sujeitos processuais; como critério do juízo⁽²⁸⁾.

É em relação a estes dois últimos critérios que se deve reportar o binómio do art. 3.º, 3, como resulta, entre outros, dos arts. 3.º, 3, 5.º, 515.º, 552.º, 1, d), 601.º, 1, 607.º, 2 a 5, 640.º, 1, b) e c), 662.º, 1 e 663.º, 6, comprometidos que estão com o sentido tradicional da distinção.

Este sentido é o indicado por Castanheira Neves: «a «*matéria de facto*», a «*questão de facto*» ou simplesmente «*os factos*» refeririam a realidade empiricamente verificada, a realidade espaço-temporalmente existente, que aconteceu ou acontece, que foi ou é, os «*factos*» no sentido comum da expressão, empiricamente determináveis e comprováveis, ou, de outro modo ainda, susceptíveis de juízos e de uma «*prova*» objectivamente empíricos (não simplesmente comunicativo argumentativos); a «*matéria de direito*», a «*questão de direito*» ou simplesmente «*o direito*» refeririam a normatividade jurídica na sua objectivação específica, as normas jurídicas e na sua determinação também específica, a interpretação normativa, e a incluir, extensivamente, todos os juízos e valorações normativos que tivessem o seu fundamento naquela normatividade — de um lado o «*ser*», a implicar juízos de verdade, juízos descritivos ou «*de facto*», de outro lado o «*dever-ser*», a implicar juízos de validade, juízos normativos ou «*de valor*»⁽²⁹⁾.

A lei não permite operar qualquer outra distinção, o que não significa que esteja vedado acrescentar ao difícil binómio as chamadas **questões mistas**, de facto-direito, como aquelas determinadas por uma reavaliação dos factos com conseqüente requalificação do pedido.

Por outro lado, parece que estarão excluídas daquela previsão as decisões proferidas no uso de um poder discricionário, cuja essência reside na liberdade quanto à vinculação jurídica (arts. 152.º, 4, e 630.º, 1).

Maioritariamente, as questões que devem ser previamente sujeitas ao contraditório prévio são as questões de direito e de entre estas as que são de conhecimento oficioso.

A lei usa um intrigante sintagma: «mesmo que de conhecimento oficioso». Não se percebe que espaço a regra reserva às questões de conhecimento dependente da iniciativa das partes, porquanto ou uma das partes suscita a questão e então a outra parte pode responder, não havendo então lugar a pronúncia oficiosa ou a parte não suscita a questão e então o juiz não pode fundar nela a decisão.

⁽²⁸⁾ CASTANHEIRA NEVES, “Matéria de Facto...”, *op. cit.*, 130.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, 130/131.

Quanto às questões de facto, decisões-surpresa podem ocorrer, por exemplo, quando o juiz, sem que previamente tenha ouvido as partes, conhecer de factos secundários ou complementares ou concretizadores dos factos principais que resultem da instrução da causa, de factos notórios ou conhecidos por virtude do exercício das suas funções (art. 5.º) e ainda quando considere anormal o uso do processo (art. 612.º).

4. O contraditório: a doutrina

São duas as teses que, entre nós, se confrontam quanto ao que se deve entender por uma decisão-surpresa. Para uma primeira corrente, que se pode chamar *antiformalista*, a decisão-surpresa não se confunde com a suposição ou expectativa que as partes possam ter feito ou acalentado quanto à decisão; não se pode falar em decisão-surpresa quando as decisões, de facto ou de direito, devam ser conhecidas pelas partes como viáveis, como possíveis; só há decisão-surpresa «quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não for exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela».

Para uma outra corrente, *garantista*, o escopo principal do princípio do contraditório «é a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo»⁽³⁰⁾; consequentemente se deve garantir a «participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, em termos de, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação, directa ou indirecta, com o objecto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão»⁽³¹⁾. Toda a decisão que não passe por este crivo deverá ser considerada decisão-surpresa ou solitária do juiz.

Vejam, em síntese, o que dizem os seguidores da primeira corrente, de longe maioritária.

⁽³⁰⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, 125.

⁽³¹⁾ *Idem*; ID JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol. 1.º, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 7.

J. PEREIRA BAPTISTA opina que se estabeleceu, no citado n.º 3 do art. 3.º, «um claro dever de o tribunal, em cada momento do devir da instância, só decidir questões de facto ou de direito — ainda que cognoscíveis “ex officio” — após ter facultado a respectiva pronúncia às partes, salvo se se estiver perante casos de manifesta desnecessidade.

Trata-se, assim, de um preceito de contornos amplos, a gerir, na sua aplicação, com muito equilíbrio e sabedoria, de modo a conciliar as suas virtualidades dialécticas e no devir processual e na sua influência causal para uma mais adequada solução do caso com a necessidade de evitar que se transforme num factor de morosidade e de litigância acrescida, enquanto potencial fonte de nulidades, por eventual preterição de acto que possibilite o exercitar de pronúncia pelas partes»⁽³²⁾.

CARLOS LOPES DO REGO, partindo de sedimentada jurisprudência constitucional formada a propósito dos pressupostos de admissibilidade do recurso na alínea b) do n.º 1 do art. 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, assevera que «a audição excepcional e complementar das partes, precedendo a decisão do pleito e realizada fora dos momentos processuais normalmente idóneos para produzir alegações de direito, só deverá ter lugar quando se trate de apreciar questões jurídicas susceptíveis de se repercutirem, de forma relevante e inovatória, no conteúdo da decisão e quando não fosse exigível que a parte interessada a houvesse perspectivado durante o processo, tomando oportunamente posição sobre ela»⁽³³⁾.

Sintetizando: «não deverá, na nossa perspectiva, “banalizar-se” a audição atípica e complementar das partes, ao abrigo do preceito ora em análise, de modo a entender-se que toda e qualquer mutação do estrito enquadramento legal que as partes deram às suas pretensões passa necessariamente pela actuação do preceituado no art. 3.º, n.º 3.

Na verdade, a negligência da parte interessada que, v.g. omite quaisquer “razões de direito”, alega frouxamente, situando de forma truncada e insuficiente o óbvio enquadramento jurídico da sua pretensão ou deixa escapar questões jurídicas clara e inquestionavelmente decorrentes dos autos, não merece naturalmente tutela, em termos de obrigar o tribunal — movendo-se, no momento da decisão dentro dos próprios institutos jurídicos em que as partes no essencial haviam situado as suas pretensões — a,

⁽³²⁾ J. PEREIRA BAPTISTA, *Reforma do Processo Civil, Principios Fundamentais*, Lex, Lisboa, 1997, 37/38.

⁽³³⁾ CARLOS FRANCISCO DE OLIVEIRA LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, 33.

sob pena de nulidade, realizar uma audiência não compreendida no normal fluir da causa»⁽³⁴⁾.

ANTÓNIO PAIS DE SOUSA e J. O. CARDONA FERREIRA tratam do contraditório em breve nota e a propósito do princípio da cooperação⁽³⁵⁾.

Estes Conselheiros do STJ consideram este princípio «*o corolário mais importante do princípio dos princípios, que é a boa decisão da causa (art. 3.º)*»⁽³⁶⁾, uma **regra de ouro** do processo⁽³⁷⁾; ergo «*tirando os casos em que o Juiz tem de assumir a manifesta desnecessidade, deve sempre ouvir os interessados acerca do que lhes interessa*»⁽³⁸⁾.

Não desenvolvendo o ponto, dão como exemplo um dos casos em que mais se justifica a não audiência das partes: a condenação por litigância de má-fé «*porque, perguntar ao mafioso se está de má-fé seria algo quase risível*»⁽³⁹⁾.

PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO pronunciam-se também sobre esta matéria, muito claramente na linha da corrente *antiformalista* ou *substancialista*: «*para que o tribunal deva proceder à audiência complementar das partes não basta (...) que pretenda aplicar uma norma por estas não invocadas. É necessário que o enquadramento legal realizado seja manifestamente diferente do sustentado pelos litigantes. Deverá ser uma subsunção notada pela sua originalidade, pelo seu carácter invulgar e singular, objetivamente considerado*»⁽⁴⁰⁾; «*se o tribunal, debruçando-se sobre uma determinada realidade processual, está em condições de a perspetivar juridicamente, a parte obreira dessa realidade processual ou que dela foi notificada teve igual possibilidade de sobre ela se pronunciar. O patrocínio forense obrigatório não visa a tutela de interesses corporativos, mas sim garantir, além do mais, esta possibilidade. Não faz sentido exigir para o advogado uma posição que peça meças à do juiz no diálogo jurídico, para, no passo seguinte, defender que seja tratado como um leigo, incapaz de lançar um*

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, 34.

⁽³⁵⁾ ANTÓNIO PAIS DE SOUSA e J. O. CARDONA FERREIRA, *Processo Civil*, Editora Rei dos Livros, Porto, 1997, 169 e 17, ss.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, 169.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, 20.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, 169.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, 20. Porém, a não audiência da parte, prévia à condenação por litigância de má fé, viola os princípios constitucionais do **acesso ao direito**, do **contraditório** e da **proibição de indefesa**, cf. Acs. TC de 04.06.94, 440/94, 17.06.95, 103/95, 12.05.98, 357/98, 26.10.2011, 498/2011, e de 02.12.2011.

⁽⁴⁰⁾ PAULO RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, 32.

olhar jurídico elementar sobre a relação processual, se para tanto não for convocado por uma espécie de projecto de decisão»⁽⁴¹⁾.

Demarcando-se desta posição mais restritiva, e assumindo posição claramente *garantista*, encontramos JOSÉ LEBRE DE FREITAS.

Porquanto se trata, se não erro, da única voz que na academia, entre nós, toma o contraditório verdadeiramente a sério, não se estranhe que dedique ao pensamento deste autor uma maior atenção.

Lebre de Freitas debruçou-se, com particular empenho, sobre o projecto de revisão do processo civil de 1995. Recorde-se que aí se exigia a audiência prévia, só em relação às decisões que poderiam constituir surpresa para a parte interessada que tivesse agido com a **diligência devida**.

Perante esta visão restritiva, Lebre de Freitas contrapôs: «*O princípio do contraditório não é, por exemplo, apenas aquele que parece resultar dos arts 3.º e 517.º do CPC, mas mais latamente, a garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influência em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo se pressintam como potencialmente relevantes para a decisão»*⁽⁴²⁾.

Por isso, «*o princípio impede as decisões-surpresa, como as que o actual código admite, quanto a questões de conhecimento oficioso, no despacho liminar, no despacho saneador, na sentença final ou até em recurso (que tantas vezes são discutíveis, quando não disparatados)*»⁽⁴³⁾.

Desenvolvendo o seu pensamento, o autor acrescenta: «*a regra do contraditório é uma das traves mestras do direito processual civil e como tal aparece consignada no art. 4.º do Projecto. É seu corolário a de prévia audiência das partes antes da decisão, mesmo quando esta tenha por fundamento uma questão de conhecimento oficioso (art. 4.º, 3) ou se baseie em norma jurídica que as partes manifestamente ignoraram ou consideraram inaplicável ao caso (...), mesmo que a audiência final tenha já tido lugar à data em que se põe ao juiz a questão de a aplicar (Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, München, 1981, p. 618, nota 117). Trata-se de norma de tal modo importante que por vezes lhe é atribuída dignidade constitucional (Rosenberg.Schwab, Gottwald, Verfassung und Zivilpro-*

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, 33.

⁽⁴²⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Em torno da revisão do direito processual civil”, *ROA*-1995, Vol. I, 10.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, 11.

zess, Bielefeld, 1984, p. 53) e se deduz do art. 6.º, 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que impõe sempre o julgamento público equitativo. Peremptório é também o direito francês (...))»⁽⁴⁴⁾.

Estas ideias são retomadas e aprofundadas pelo autor na sua *Introdução ao Processo Civil*.

Lebre de Freitas inicia a abordagem do princípio, sublinhando que à concepção restritiva do contraditório se substituiu «*uma noção mais lata da contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do rechtliches Gehör germânico, entendida como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo*»⁽⁴⁵⁾.

Concretizando, em diferentes níveis, este direito de influência, acrescenta o autor:

- i) no plano dos factos: «*na medida em que, excecionalmente, o juiz pode introduzir factos principais no processo (...), o princípio do contraditório exige que ambas as partes se possam pronunciar sobre o exercício desse poder funcional, isto é, sobre a ocorrência dos respetivos pressupostos e sobre a existência do facto em causa (notório, de conhecimento derivado do exercício da função judicial ou integrante da simulação do litígio)*»⁽⁴⁶⁾.
- ii) no plano da prova: «*...cabendo ao juiz apreciar a prova, as partes têm o direito de, antes da apreciação final, isto é, antes da decisão sobre a matéria de facto (hoje integrada na sentença final), se pronunciarem nos termos em que ela deve ser feita (art. 3.º-3)*»⁽⁴⁷⁾.
- iii) no plano do direito: se nenhuma das partes tiver suscitado questões de direito material ou de direito processual, de conhecimento

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, 767.

⁽⁴⁵⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, op. cit., 124/125; JOSÉ LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol. 1.º, op. cit., 7.

⁽⁴⁶⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, op. cit., 127.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, 132.

oficioso, «*com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz — ou o relator do tribunal de recurso — que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito da causa, seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade (art. 3.º-3).*»

Não basta, pois, para que esta vertente do princípio do contraditório seja assegurada, que às partes, em igualdade, seja dada a possibilidade de, antes da decisão, alegarem de direito (art. 604.º-3-e, em 1.ª instância; art. 639.º, em instância de recurso). É preciso que, mesmo depois desta alegação, possam fazê-lo ainda quanto as questões de direito novas, isto é, ainda não discutidas no processo»⁽⁴⁸⁾.

Assim, será desnecessário, por exemplo, «*convidar as partes a pronunciarem-se sobre a qualificação como compra e venda do contrato que integra a causa de pedir, se o autor, embora não invocando explicitamente esta qualificação, o descreve facticamente como tal, em termos inequívocos e não contrariados, de facto nem de direito, pelo réu. Mas já será necessário o convite se o juiz entender que, não obstante as partes, explícita ou implicitamente, terem tomado o contrato como de compra e venda ao longo de todo o processo, a sua qualificação jurídica correta é de empreitada ou de doação; ou ainda se, concordando embora com a qualificação que as partes lhe atribuíram, o juiz se propuser aplicar uma norma jurídica, específica ou genérica, do respectivo regime (por exemplo, o art. 895.º CC ou o art. 280.º-2 CC) que as partes durante o processo não tiveram em conta*»⁽⁴⁹⁾.

Lebre de Freitas, em Março de 2016, num Colóquio realizado pelo CEJ, voltou ao tema do contraditório e da proibição das decisões-surpresa, reiterando as suas «fortes críticas» (sic) ao entendimento dos tribunais neste particular⁽⁵⁰⁾. Foi nessa ocasião que assumiu ter sido responsável pela reintrodução da ressalva «caso de manifesta desnecessidade» na redacção de 96 do art. 3.º, 3. Alteração de que se arrepende, pese embora o termo **manifesta** dever ser interpretado como «não haver dúvidas» e «ter

⁽⁴⁸⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, op. cit., 133/134.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, 133, nota 24.

⁽⁵⁰⁾ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “O Novo Processo Civil à Luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Constituição da República Portuguesa”, *Balanço do Novo Processo Civil*, Cej, Lisboa, 2017.

de resultar dos autos», ao contrário das tergiversações feitas pela jurisprudência que, na prática, volve em regra o que devia ser excepção.

Na verdade é uma enorme afronta à língua portuguesa e até ao art. 9.º, 2, CC esquecer que só é manifesto o que é claro, flagrante, o que salta à vista.

Uma última palavra para a posição de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA.

Este autor, ao debruçar-se sobre o projecto de revisão do código de 95, assinalou que uma reforma do processo civil nos tempos actuais deve orientar-se, entre outros, pelo objectivo de aumentar a «operacionalidade dos sujeitos processuais através de subordinação da actividade das partes e do tribunal a um princípio de colaboração ou de cooperação»⁽⁵¹⁾.

O dever de cooperação do tribunal com as partes desdobra-se em dois deveres essenciais: o dever de esclarecimento e consulta e o dever de prevenção ou de informação. «A integração deste dever no mais amplo dever de colaboração justifica a transposição para regulamentação deste último do disposto no art. 3.º, 3 (aliás, essa matéria não respeita à observância do princípio do contraditório, porque só muito impropriamente se pode afirmar que entre o tribunal e as partes existe um direito ao contraditório)»⁽⁵²⁾.

Em consequência dessa transposição, Teixeira de Sousa propôs para o n.º 3 do art. 264.º-A do projecto a seguinte redacção: «O tribunal não pode decidir questões de direito e de facto de conhecimento oficioso sem que tenha facultado às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem»⁽⁵³⁾.

Teixeira de Sousa mantém-se apegado à ideia de que o dever do art. 3.º, 3 deve ser equacionado como *dever de consulta* por parte do tribunal, vertente do princípio da cooperação, e não como emanção do contraditório, como resulta dos *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, pese embora o Código não tenha deslocado para o art. 7.º a proibição das decisões-surpresa⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação de alguns aspectos da «revisão do processo civil — projecto», *ROA*. 1995, ano 55, Vol. II, 354.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, 362.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, 363.

⁽⁵⁴⁾ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex. Lisboa, 1997, 60, 65 e 67.

5. O contraditório: a jurisprudência

José Lebre de Freitas, na sua *Introdução ao Processo Civil*, refere que «apesar da sua expressa consagração em 1995-1996, o princípio do contraditório é, nesta sua variante [proibição de decisões-surpresa], frequentemente ofendido na prática judicial, verificando-se que muitos são os juízes que tendem a transformar a exceção em regra, invocando sem razão a desnecessidade manifesta de ouvir as partes»⁽⁵⁵⁾.

Será isto verdade? Os juízes fazem realmente uma interpretação conservadora e mesmo incorrecta do contraditório?

Vejamos, começando por uma breve incursão na jurisprudência do Tribunal Constitucional, consultável em <www.dgsi.pt>.

Apesar de o Tribunal Constitucional reconhecer que a garantia da via judiciária, desde a redacção primitiva do art. 20.º da CRP, implicava que o processo ficasse subordinado a determinados princípios, nomeadamente os *princípios da igualdade e do contraditório*⁽⁵⁶⁾, e que o n.º 5 do art. 33.º conferiu a este princípio uma ampla dimensão não circunscrita ao processo criminal, a verdade é que não se mostrou, até à reforma de 95/96, à altura da sua fama e permaneceu apegado à concepção clássica e até tradicionalista daquele princípio.

O Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 222/90, começou por considerar que não deve julgar-se inconstitucional a norma do art. 508.º, n.º 3, do Código de Processo Civil na dimensão em que ela permite ao juiz prescindir da realização de audiência preparatória para julgar qualquer excepção no despacho saneador.

Argumentou-se que «em primeiro lugar, constituindo as “excepções” matéria cuja apreciação pode fazer-se com base apenas no processado escrito (isto é, podendo o juiz apurar a ocorrência delas a partir simplesmente desse processado), não é estritamente indispensável a abertura, quanto às mesmas, de uma discussão oral: o seu debate nos articulados já permitirá, por isso, a realização do contraditório. Sendo assim — e em segundo lugar — temos que, sempre que as excepções hajam sido suscitadas e debatidas nos articulados ou respostas das partes, fica esse princípio minimamente salvaguardado».

Mas mesmo nos casos em que seja o juiz a suscitar oficiosamente uma excepção, e dela conheça sem dar às partes, mais precisamente, ao

⁽⁵⁵⁾ *Idem*.

⁽⁵⁶⁾ CARLOS LOPES DO REGO, “Os princípios constitucionais da proibição de indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominação e o regime da citação em processo civil”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003:835.

autor, oportunidade para sobre a mesma se pronunciar, também não se poderá dizer estar «*em causa o princípio do “contraditório”, no seu sentido mais preciso de direito da “outra” parte de contraditar as razões contra ela invocadas (audiatur et altera pars), visto não ser contra ela (o réu), mas contra o autor, que o juiz vai decidir — isto, prescindindo já dos casos em que ainda um contraditório (escrito) sobre a matéria da excepção poderá abrir-se em via de recurso. Do que se trata é da possibilidade de o juiz poder decidir sem estar adstrito ao modo como a questão lhe é posta pela parte e segundo outras razões de direito — possibilidade que obviamente não pode negar-se-lhe, e vai mesmo ínsita na própria natureza da função de julgar (cf. art. 664.º, primeira parte, do Código de Processo Civil); e da possibilidade, bem assim, de fazê-lo com base apenas no processado escrito, e sem esperar pela sentença final, quando face a tal processado seja já possível (e desejável) a decisão. Ora, se já não poderá ver-se nesta possibilidade qualquer atentado à exigência do contraditório (no sentido mais rigoroso deste, acima evidenciado), também não pode certamente dizer-se que ela contenda, em termos mais genéricos, com o direito de acesso aos tribunais*».

Após este estranho aresto, importa referir dois outros Acórdãos (Acs. n.ºs 479/89 e 367/96), que, depois de sublinharem que recai «*sobre as partes em juízo o ónus de considerarem as várias possibilidades interpretativas das normas de que se pretendem socorrer, e de adoptarem, em face delas, as necessárias cautelas processuais (por outras palavras, o ónus de definirem e conduzirem uma estratégia processual adequada)*», fixaram a jurisprudência de que só constitui «*situação surpresa*», dispensando os interessados da exigência da audiência «*prévia*», a que for caracterizada pelo seu carácter **insólito ou sua imprevisibilidade**.

Ou seja: quando a interpretação do tribunal nada tem de inesperado nem de imprevisível, sendo razoável exigir que os interessados a hipotizem, podendo defender-se em conformidade, não existe nenhuma decisão-surpresa.

Por sua vez, no ATC n.º 358/98 decidiu-se que não viola o art. 20.º, n.º 1, da Constituição, quando se interpreta o n.º 1 do art. 704.º do Código de Processo Civil, em termos de permitir que, quando o recorrente já alegou, o tribunal possa tomar a decisão de não conhecer do recurso, com fundamento na sua inadmissibilidade, sem o ouvir sobre essa questão.

Entendeu-se que a interpretação adoptada pelo acórdão recorrido não atinge — ao menos de forma *intolerável* — o *direito de defesa* assim definido, pois que, tendo oferecido a sua alegação, o recorrente teve ocasião de, aí, colocar e discutir todas as questões que o recurso suscitava. Ora, só

se a *violação do direito de defesa fosse intolerável*, é que a interpretação adoptada seria constitucionalmente inadmissível. E só então seria irremissivelmente inconstitucional a norma do n.º 1 do art. 704.º do Código de Processo Civil, com o sentido que o acórdão recorrido dele extraiu. Fora dessa situação, a interpretação adoptada pode constituir melhor ou pior direito, mas ainda não é «*não-direito*».

Ao contrário do que por vezes se vê afirmado pela própria jurisprudência do Tribunal Constitucional (ATC 510/2015), está longe de ser pacífico que decorra dessa jurisprudência que «*do conteúdo do direito de defesa e do princípio do contraditório resulta prima facie que cada uma das partes deve poder exercer uma influência efetiva no desenvolvimento do processo, devendo ter a possibilidade, não só de apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição antes de o tribunal decidir questões que lhes digam respeito, mas também de deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras*».

É verdade que encontramos Acórdãos neste sentido. É o caso do ATC 298/2005, que, na esteira do parecer da Comissão Constitucional n.º 18/81 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, 16.º Vol., p. 147, e *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 310, p. 159), de acordo com o qual, «*nenhuma decisão (mesmo interlocutória) deve aí [no processo penal] ser tomada, pelo juiz, sem que previamente tenha sido dada ampla e efectiva possibilidade, ao sujeito processual contra o qual ela é dirigida, de a discutir, de a contestar e de a valorar*», julgou inconstitucionais, por violação do art. 32.º, n.os 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa, as normas constantes dos arts. 4.º da Lei n.º 29/99, de 12 de Maio, e 61.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal, interpretadas no sentido de não ser obrigatória a audição do arguido antes de ser proferida decisão de revogação do perdão de pena de que beneficiara, e do citado ATC 510/2015 que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 796.º, n.º 7, do Código de Processo Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, na interpretação segundo a qual «*a sentença proferida em processo sumaríssimo, na qual se considera verificada a exceção da incompetência do tribunal em razão da matéria, pode ser proferida sem facultar às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre essa questão, quando até então nenhuma das partes ou o tribunal a tinham colocado, debatido ou de qualquer forma a ela referido*», por violação do direito ao contraditório, ínsito na garantia do processo equitativo prevista no art. 20.º, n.º 4, da Constituição.

No entanto, tais exemplos não são significativos. Por um lado, é sabido que, ao passo que, em direito processual penal, se tem evoluído no

sentido do reforço do acusatório e das garantias, no processo civil, no qual estão em causa sobretudo direitos disponíveis, tem-se, pelo contrário, acentuado o inquisitório. Isto em relação ao primeiro Acórdão. Relativamente ao segundo, está longe de representar uma mudança na orientação jurisprudencial dominante (veja-se recente ATC 172/2016).

Vejamos agora a jurisprudência do STJ⁽⁵⁷⁾, começando pelos casos em que foi considerado **não ser preciso ouvir as partes por manifesta desnecessidade**.

- STJ de 29.09.1998, 98A801. A circunstância de o tribunal apenas se poder servir dos factos articulados não significa que o julgamento do facto caiba às partes, pois pertence exclusivamente ao juiz. Decisão-surpresa a que se reporta o art. 3.º, 3 não se confunde com a suposição que as partes possam ter feito nem com a expectativa que elas possam ter acalentado quanto à decisão quer de facto quer de direito (situando-se estas dentro do permitido pela lei e que de antemão pode e deve ser conhecido como sendo possível, viável, não poderá constituir «surpresa»). A interpretação do art. 712.º não pressupõe que a Relação, antes de alterar a matéria de facto considerada provada na primeira instância, deva previamente ouvir as partes, quando estas não tenham suscitado tal questão nas suas alegações.
- STJ de 16.01.2007, Proc. 3294/06. A Relação pode decidir por uma razão de direito resultante da aplicação de uma norma legal que ainda não tinha sido considerada no processo, pois o Tribunal não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito. Assim, não constitui decisão-surpresa o conhecimento pela Relação da questão do esbulho violento com fundamentos jurídicos diversos e não suscitados na 1.ª instância, sem que previamente tenha sido convidada a agravante a tomar posição sobre tal questão.
- STJ de 04.03.2008, CJ/STJ, T 1: 157. Incidente de remoção da tutora da interdita estando esta no «limiar da desumanidade». Entre a não observância de um direito processual em confronto com a urgência de actuação judicial no plano substantivo, estando

(57) Esta opção tem subjacente razões práticas, mas também a função nomofiláctica que pertence ao Supremo Tribunal de Justiça. De resto, não há neste particular grande divergência entre a jurisprudência dos tribunais superiores.

em causa direitos fundamentais da pessoa humana, não se deve colocar aquele à frente destes.

- STJ de 15.12.2011, 5622/06. Não se deve falar em surpresa quando os julgamentos, de facto ou de direito, devam ser conhecidos *como viáveis, como possíveis*.
- STJ de 04.06.2009, Proc. 09B0523. Pelos motivos enunciados no anterior Acórdão, não se viola o n.º 3 do art. 3.º do Código de Processo Civil, quando se decide o destino de condecorações com base nas regras próprias do direito de personalidade, não obstante as partes, na oportunidade que as alegações lhe proporcionaram — e até antes — de discutirem a questão, terem ignorado tais regras.
- STJ de 11.12.2012, Inc. 175/2002, Sumários 2012:906. Não viola o princípio do contraditório a não notificação dos requerentes para se pronunciarem sobre o desentranhamento de um requerimento se este é a consequência legal do não pagamento de taxa de justiça devida pelo requerente de acto jurisdicional.
- STJ de 04.12.2012, Inc. 850/05, Sumários 2012:872. Resultando da própria lei que, em caso de incumprimento, o tribunal deve determinar o desentranhamento da peça processual, não há aqui nenhuma questão de facto ou de direito suscitada sobre a qual o tribunal se deva pronunciar, não há nenhuma providência requerida que imponha a prévia audição da parte, não há obviamente nenhuma decisão-surpresa quando o que está previamente em causa é a simples aplicação do que está determinado na lei.
- STJ de 17.06.2014. Proc. 233/200.C2.S1. O legislador, perante os princípios gerais que enformam o nosso Código de Processo Civil, não quis aliviar as partes de usarem a diligência devida para preverem as questões que vêm a ser, ou podem vir a ser, importantes para a decisão, residindo o cerne deste problema em saber se as partes tiveram, ou não, oportunidade processual para alegar quanto àquela questão e se a questão era ou não previsível para uma parte de diligência média. O facto de o Tribunal da Relação ter considerado procedente o agravo intentado pelo Banco e ter declarado a procedência da excepção de caso julgado não constitui uma decisão-surpresa, pois esta questão já havia sido discutida no tribunal de 1.ª instância, conforme resulta dos articulados das partes e do despacho saneador.

- STJ de 11.02.2015, Proc. 607/06. Pedindo os AA o reconhecimento da propriedade sobre um muro que delimita os quintais de dois prédios confinantes, a decisão que, com fundamento no art. 1371.º, 2, CC, não equacionado pelas partes, reconhece que o muro é compropriedade de ambas as partes não deve ser sujeita a audiência prévia.
- STJ de 11.02.2015. Proc. 2384/08. Tendo os recorridos, nas suas contra-alegações, vindo a referir que o recurso era inadmissível por não ocorrer contradição de julgados e os recorrentes, em resposta, defendido a admissibilidade do recurso, o tribunal cumpriu integralmente o contraditório ao decidir não receber o recurso sem ouvir previamente as partes.
- STJ de 11.02.2015, Proc. 201/05, Sumários, 2015:73. Apenas se pode considerar que o juiz proferiu uma decisão-surpresa quando o mesmo de forma inopinada e apartado de qualquer apontamento factual ou jurídico envereda por uma solução — ainda que seja mais correcta ou adequada ao caso — que os sujeitos processuais não quiseram submeter a juízo — *i.e. por uma terceira via* —, o que não sucede quando o despacho se limita a dar resposta a uma questão suscitada pelas partes.
- STJ de 28.05.2015. Proc. 73/04, Sumários, 2015:321. O princípio da proibição das decisões-surpresa não pode ser levado tão longe que esqueça que as partes são representadas por técnicos que devem conhecer o direito e não ignorar as qualificações jurídicas que os factos são susceptíveis de integrar. Assim, a decisão do relator de não admitir o recurso de decisão interlocutória não carece de prévia audição do recorrente, precisamente devido à natureza da decisão.
- STJ de 22.02.2017, Proc. 535/09.0TMNT.L1.S1, e de 09.04.2019, Proc. 2673/12.2T2AVR.P1.S1. Estando em causa o art. 665.º, 1, não se aplica o n.º 3, que só rege para a hipótese do n.º 2 do mesmo artigo, e, não sendo a nulidade de não audição prévia questão de conhecimento oficioso, tem de ser necessariamente suscitada pela parte recorrente (ou pela parte recorrida, no caso de requerer a ampliação do âmbito do recurso), tendo a contraparte a possibilidade de se pronunciar em sede de contra-alegação (ou na sua resposta à ampliação do âmbito do recurso). Sendo assim, não se coloca nesta hipótese a necessidade de um novo

contraditório, nem se pode falar nunca em decisão-surpresa. A decisão sobre a nulidade e sobre a questão omitida insere-se, à partida, no objeto explícito do recurso, e a parte tem sempre possibilidade de se pronunciar.

- STJ de 12.07.2018. Proc. 177/15.0T8CPV.A.P1.S1. Não carece de audiência prévia a fixação pela Relação de matéria relativa à caducidade que não se encontrava elencada na decisão de 1.^a instância.

Lê-se no Acórdão que *«a decisão-surpresa que a lei pretende afastar, afoitamente, contende com a solução jurídica que as partes não tinham a obrigação de prever, para evitar que sejam confrontadas com decisões com que não poderiam contar e não com os fundamentos não expectáveis de decisões que já eram previsíveis, não se confundindo a decisão-surpresa com a suposição que as partes possam ter concebido quanto ao destino final do pleito, nem com a expectativa que possam ter realizado quanto à decisão, quer de facto, quer de direito, sendo certo que, pelo menos, de modo implícito, a poderiam ou tiveram em conta, designadamente, quando lhes foi apresentada uma versão fáctica não contrariada e que, manifestamente, não consentiria outro entendimento»*.

- STJ de 08.09.2020, Proc. 602/18.9T8PTG.E1. S1. Decidindo a 1.^a instância, pela necessidade de interpelação do devedor, sem previamente ouvir as partes, tal decisão não constitui decisão-surpresa.

Só estamos perante uma decisão-surpresa quando a mesma comporta uma solução jurídica que as partes não tinham obrigação de prever, quando lhes não era exigível que a houvessem perspectivado no processo.

- STJ de 12.01.2021, Proc. 3325/17.2T8LSB.L1.S1. Só há decisão-surpresa se o juiz, de forma absolutamente inopinada e sem alicerce na matéria factual ou jurídica, enveredar por uma solução que os sujeitos processuais não tinham a obrigação de prever. Se o Recorrente ao reclamar para a conferência teve oportunidade de aduzir as razões que no seu entendimento impunham que o colectivo de juízes invertesse o sentido da decisão singular do Relator, tendo feito expressa referência ao facto de o tribunal da Relação lhe ter deferido o pedido de prazo para junção de certi-

dão do acórdão-fundamento, tornou-se dispensável dar lugar a novo contraditório antes do proferimento do acórdão, tanto mais que as partes, particularmente o Recorrente, não poderia deixar de contar com o enquadramento jurídico da questão que se impunha conhecer.

- STJ de 14.01.2021, Proc. 9919/19.4T8LSB-L1.S1. Um despacho da Relação que, por a causa pertencer ao âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, convola o recurso e ordena a remessa dos autos para o Tribunal de Conflitos *ex n.º* 2 do art. 101.º, não carece de notificação prévia às partes, porquanto a clareza e taxatividade do texto legal obsta a que considere uma decisão-surpresa.
- STJ de 01.07.2021, Proc. 726/15.4T8PTM.E1-S1. O Tribunal da Relação ao proceder à rectificação da sentença recorrida não constitui decisão-surpresa, atentatória do princípio do contraditório, na medida em que uma tal atuação insere-se no âmbito de uma mera atividade interpretativa da sentença.
- STJ de 14.09.2021, Proc. 217/14.0TCGMR-A.S1. O indeferimento liminar pelo conselheiro relator do recurso de revisão, sem prévia audição do recorrente, não constitui decisão-surpresa proibida pelo art. 3.º, 3., que vale apenas para os casos em que a qualificação jurídica que o juiz se propõe adoptar não corresponde àquilo com que as partes, pelas posições assumidas, possam contar (cf. Acórdão do STJ de 28.05.2015, P. 73/04, Sumários, 2015, p. 321).
- STJ de 27.10.2021, Proc. 148/18.5T8VNF.G1.S1. A decisão-surpresa que a lei pretende afastar contende com a solução jurídica que as partes não tinham a obrigação de prever, para evitar que sejam confrontadas com decisões com que não poderiam contar e não com os fundamentos não expectáveis de decisões que já eram previsíveis. A consideração de circunstâncias juridicamente relevantes que afastavam as ajuizadas obrigações e da violação do princípio da boa-fé por parte da recorrente, que não foram suscitadas pela apelante e sobre as quais não lhe foi dada a possibilidade de exercer o contraditório, não consubstancia decisão-surpresa. Tal como na jurisprudência do tribunal constitucional também no supremo encontramos acórdãos em que se entendeu ser preciso ouvir previamente as partes antes de proferida a decisão. São,

porém, casos amplamente minoritários que só confirmam o carácter dominante dos restantes.

6. Notas críticas sobre a jurisprudência

A jurisprudência dominante e quase pacífica do STJ não está longe dos pronunciamentos do tribunal constitucional quando sustentou que só é de exigir a audiência «prévia», quando se tratar de pronúncias **insólitas** ou **imprevisíveis**, nem da redacção de 95 do art. 3.º, 3, que afastava o contraditório prévio quando as partes, agindo com a **diligência devida**, pudessem prever e antecipar a decisão do juiz, como se esta expressão não tivesse sido substituída, *et pour cause*, logo em 96, por **manifesta desnecessidade**.

Na realidade, pretendeu-se com essa modificação aliviar as partes do encargo de procurarem antecipar as questões que vêm a ser ou podem vir a ser importantes para a decisão que virá a ser tomada.

A possibilidade de as partes se defenderem de uma questão de conhecimento officioso do juiz é uma **utopia** e um **absurdo**:

- «a) *uma utopia, porquanto nem todas as questões de conhecimento officioso resultam do material do processo, especialmente no caso de um diverso delineamento em direito da controvérsia com a eventual implicação de factos diversos não alegados e provados pelas partes; a parte deveria gozar de faculdades divinatórias, para poder antecipar na própria cabeça o raciocínio que fará o juiz e assim poder correctamente defender-se;*
- b) *um absurdo, porquanto o princípio da autorresponsabilidade não pode transmutar-se em princípio de autolesionismo: por que motivo a parte, ainda que consciente da questão, deverá dar-lhe atenção e discussão, se é contrária aos próprios interesses?»⁽⁵⁸⁾.*

Por outro lado, também não parece que seja correcta uma interpretação restritiva, de modo a isentar da obrigação legal as decisões de *puro direito*, de mera interpretação da lei.

⁽⁵⁸⁾ DINO BUONCRISTIANI, “Il principio del contraddittorio nel rapporto tra parti e giudice”, *Judicium.it*.

Na verdade, raramente as questões podem ser qualificadas de puro direito atendendo a que na maior parte dos casos não se trata só da interpretação da regra mas também e sobretudo da sua aplicação.

A forte conexão entre questões de direito e questões de facto que se influenciam umas às outras «segundo o movimento circular e progressivo do procedimento decisório» impõe que se interprete o art. 3.º, 3, numa perspectiva dinâmica e aberta⁽⁵⁹⁾.

Analisando as várias posições da jurisprudência e da doutrina acima referidas fica-se com a impressão de que se confundem não poucas vezes os planos e as figuras processuais (cf. v.g. STJ de 16.01.2007, Proc. 3294/06).

Muitas vezes se invoca o princípio *iura novit curia* para fundar a dispensa *ex ante* do contraditório. Se o direito pertence ao juiz, para quê envolver nele as partes?

Não me parece que isto faça grande sentido. Sem dúvida que o juiz é livre de, em plena independência, individualizar a norma geral e abstracta aplicável ao caso. Porém, os arts. 3.º, 3 e 5.º, 5 devem ser cuidadosamente distinguidos. Este último preceito, delimita a extensão dos poderes do juiz; o primeiro, visa definir a atitude processual que o juiz deve adoptar quando cumpra o dever de observar ele mesmo o contraditório. Ou dito de outro modo: o art. 3.º, 3 constitui, em princípio, um limite externo ao princípio *iura novit*.

Dois outros limites, esses intrínsecos, são constituídos pelos factos essenciais principais, cuja introdução no processo ou alteração dos alegados estão vedadas ao juiz, e pela *identificação do objecto de litígio* [arts. 591.º, 1, f)], levada a efeito após debate com as partes.

Esta identificação, antecipando o enquadramento jurídico da lide, há-de delimitar as questões a decidir e, conseqüentemente, de servir de critério para individualizar como decisão-surpresa aquela que não se atenha aos termos e questões que integram aquela identificação.

Note-se, no entanto, que do cumprimento do dever de actuação do contraditório não resulta entrar-se na esfera da codecisão. O juiz pode sempre afastar-se racionalmente do resultado da consulta e seguir uma tese diferente da que foi equacionada pelas partes.

O que não quer dizer que o direito pertença ao juiz. Como referem Jacques Héron e Thierry Le Bars: «*le droit est un bien commun à tous les membres de la société et le juge ne peut se l'approprier*»⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ CINZIA GAMBA, *op. cit.*, 300, ss.

⁽⁶⁰⁾ JACQUES HÉRON/THIERRY LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 3.ª édition, Montchrestien, Paris, 2006, 230.

A ideia de uma estrutura constituída por um poder «arquitrave» limitado por duas colunas marmóreas que bloqueiam aquela arquitrave foi de resto posta em crise pelo trabalho de Cinzia Gamba que concluiu que a actuação do contraditório não constitui qualquer limite ao poder do juiz em matéria de direito, mas uma correcta modalidade do exercício desse poder.

Um segundo aspecto, sobre o qual importa reflectir, tem que ver com o balanceamento entre o contraditório e o prazo razoável, ambos valores de um processo equitativo.

Ao contrário da reforma de 95/96, que erigiu em princípio basilar a cooperação processual, a reforma de 2013, elaborada por causa do Memorando da Troyka, *«teve como fio condutor mais evidente (...) o de pretender acelerar os ritmos processuais»*⁽⁶¹⁾.

Portanto, quando se argumenta que *«num balanceamento entre a realização do contraditório e as necessidades da celeridade processual na administração da justiça, pode justificar-se a restrição do contraditório quando a realização deste, em função da natureza da questão, da simplicidade da mesma, ou da evidência da sua resolução, possa redundar em forte afectação daquelas necessidades»*, dá-se mostras de se estar mais imbuído do espírito da Troyka do que do espírito das garantias inerentes a um Estado liberal de direito.

Os princípios da celeridade processual e do prazo razoável são hoje uma referência constante na exegese das normas processuais. Mas estes princípios não devem eludir outras normas processuais destinadas a realizar outros valores tanto ou mais importantes e que constituem a substância do processo equitativo: o direito de defesa, o direito do contraditório, o direito das partes serem colocadas em posição de poderem discutir, em condições de igualdade e de forma completa, ao longo de todo processo, todas as questões que lhes respeitem.

Acresce que a celeridade que o processo ganha, evitando-se submeter às partes as questões oficiosas, mesmo quando possa parecer que com isso se poupa um inútil formalismo, acaba por perder-se com o recurso interposto da decisão, por *error in procedendo*. Ou então por obrigar as partes, a quem se atribui uma tarefa que não podem cumprir, na antecipação impossível da decisão do juiz, a levantarem as questões que lhes ocorrerem poderem ser equacionadas pelo tribunal, com a consequência de prolongarem ainda mais o procedimento. Para levar a bom porto e com razoável

⁽⁶¹⁾ ELIZABETH FERNANDEZ, *Um Novo Código de Processo Civil? Em busca das diferenças*, Vida Económica, Porto, 2014, 9.

celeridade o processo, sem passar por cima do poder/dever de actuar o contraditório, o juiz deve desde cedo seguir e estudar cuidadosamente o processo, para poder tempestivamente individualizar as questões de direito e de facto que entenda oportuno e necessário sujeitar ao contraste dialéctico entre as partes.

Convém igualmente ter o cuidado de não confundir o contraditório com a cooperação, figuras que se encontram em planos diferentes. Realmente, como explica, Luigi Paolo Comoglio, o princípio do contraditório nada tem tecnicamente que ver com o princípio da cooperação, porquanto se inspiram em valores diferentes (direito de defesa, igualdade de armas, eficácia na reconstrução dos factos e correcção na diagnose *in jure* contra *lealdade, probidade, boa fé*)(⁶²).

Viu-se acima que Miguel Teixeira de Sousa sugeriu que o contraditório se unificasse com o princípio da cooperação, como se ambos os princípios pudessem convergir como expressão de um mesmo valor essencial, mas tal proposta não foi aceite. E, na verdade, é incontestável que se pode perfeitamente dialogar ou discutir sem cooperar na suposta obra comum da justa composição do litígio.

Nos acórdãos do Supremo encontra-se reiteradamente afirmado que «mais do que uma discussão dialéctica entre as partes, está agora aberto o caminho para que estas “influenciem directamente” a decisão. Mas a mais a nossa lei não chega, pois a estrutura do nosso processo civil não prevê que o tribunal “discuta” com as partes o que quer que seja».

Si licet, parece-me que por mais respeitável que seja esta posição, a mesma não é consentânea com o regime positivo [cf. art. 591.º, 1, c)], nem com uma modalidade democrática de exercício do poder jurisdicional.

Habermas distingue as acções sociais em *acções estratégicas* e *acções comunicativas*, consoante estão orientadas para o êxito ou para o entendimento(⁶³). «*A uma acção orientada para o êxito chamamos estratégica quando a consideramos sob o aspecto da observância de regras de eleição racional e avaliamos o seu grau de influência sobre as decisões de um opositor racional*»; «*falo, ao invés, de acções comunicativas quando os planos de acção dos autores implicados não se coordenam através de cálculo egocêntrico de resultados, mas mediante actos de entendimento*»(⁶⁴).

(⁶²) EDOARDO F. RICCI, “La sentenza «della terza via» e il contraddittorio” e LUIGI PAOLO COMOGLIO, “«Terza via» e processo «giusto»”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, 750 e 759, respectivamente.

(⁶³) JÜRGEN HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, I, Taurus, Madrir, 1998, 366, ss.

(⁶⁴) *Ibidem*, 367.

É este agir estratégico que caracteriza autor e réu no processo, enquanto ambos manipulam instrumentos de ataque e defesa tendo em vista um resultado a cada um deles favorável.

Quanto ao juiz, que não é adversário de ninguém, é suposto que tenha um agir comunicativo, procurando, no cumprimento do seu dever de transparência em relação às suas próprias posições, «*dirigir as contraposições de modo funcional, com o objectivo de orientar racionalmente as contraposições, atenuando os efeitos da estratégia e fazendo emergir argumentos melhores e mais completos no contexto processual*»⁽⁶⁵⁾. A actuação do contraditório não deve ser encarada como uma mera formalidade que se cumpre por mera imposição da lei, sem resultados práticos, mas como um acréscimo com função propulsiva do processo, «*enquanto amplia o complexo quadro das opções que podem fundar as diferentes hipóteses interpretativas hipoteticamente praticáveis pelo juiz em sede de decisão, colocando as premissas para que a escolha final seja qualitativamente melhor do que a que seria feita na ausência de actuação do contraditório*»⁽⁶⁶⁾.

Acresce que as escolhas interpretativas do Supremo contrariam algumas vezes as orientações jurisprudenciais adoptadas pelo Tribunal europeu dos direitos do homem em matéria de processo equitativo. Na verdade, este Tribunal tem sustentando que, também em matéria civil, «*o juiz deve respeitar o princípio do contraditório e dar às partes a possibilidade de conhecer e discutir todas as questões fundamentais para o resultado do procedimento, em particular quando rejeita um recurso de cassação e põe fim a uma causa na base de uma questão de conhecimento oficioso*»⁽⁶⁷⁾.

Finalmente, convém responder à acusação de ser formalista a tese garantista aqui defendida. Foi esta uma das principais críticas dirigidas à proibição das decisões de *terza via*, em Itália, onde esta questão inovadora também se colocou e foi afrontada pela comunidade jurídica com o habitual vigor.

⁽⁶⁵⁾ CINZIA GAMBA, *op. cit.*, 202.

⁽⁶⁶⁾ CINZIA GAMBA, *op. cit.*, 139. Esta autora insiste na ideia de que a correcta actuação do contraditório, além das tradicionais funções de limite dos poderes do juiz e de tutela dos direitos de defesa das partes, também tem a função de contribuir para uma correcta construção das premissas da decisão: «a activação do contraditório sobre as questões interpretativas não encaradas pelas partes permite à peculiaridade do caso e dos factos que o constituem “interrogar” de modo correcto e incisivo o ordenamento jurídico, mantendo elástica a polissemia dos textos normativos e acentuando em sentido positivo, o carácter orientador do “facto” a respeito da evolução do direito», *ibidem*, 178.

⁽⁶⁷⁾ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 11 de Dezembro de 2007, Drassich c. Italia, recurso n.º 25575/04.

Sergio Chiarloni saiu em defesa do substancialismo, insurgindo-se contra o que chamou de «**involução formalística da cultura das garantias**», «*graças à qual as garantias constitucionais são vistas e celebradas por si mesmas, com indiferença soberana ao contexto e aos fins*»⁽⁶⁸⁾.

Não posso aqui desenvolver este ponto de vista. Farei notar apenas que a correcção processual não se esgota na justiça do resultado sendo relevante, e muito, o meio como a esse resultado se chega. Por isso, o respeito pela forma, amiga da liberdade, na frase conhecida de Ihering, é tão importante. Ora, o caminho para uma decisão final justa passa forçosamente pelo cumprimento do contraditório na sua vertente mais forte. Como lembra Francesco Luíso, na obra citada em epígrafe, se se devesse concluir que o juiz decide igualmente bem sem o contributo das partes, o princípio do contraditório não teria sentido e, no nosso ordenamento, melhor seria revogar a primeira parte do n.º 1 do art. 24.º da Constituição, na parte em que assegura, a todos, o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Direi mais: cada vez que o juiz abandona a estrada traçada pelas partes e segue o seu próprio caminho, arrisca-se a chegar a uma solução mais favorável a uma do que a outra parte e a deitar por terra a sua **imparcialidade**. A única via para legitimar esta «terceira via» é chamar as partes e partilhá-la com elas.

7. Casuística

O que deve entender-se por **manifesta desnecessidade** (de convocar o contraditório) constitui-se como o *punctum crucis* da questão que só a práxis pode ajudar a desbravar e esclarecer.

As decisões judiciais de conhecimento oficioso não estão disciplinadas por nenhuma norma geral, processual ou substantiva, nem delimitadas por recurso a categorias precisas e concretas. Há sim regras singulares, como a dos arts. 5.º, 2, 6.º, 2, 196.º, 578.º e 579.º CPC e 286.º e 333.º, 1, CC que expressamente prevêm hipóteses de conhecimento oficioso do juiz e outras que expressamente vedam esse conhecimento, como nos arts. 287.º, 303.º, 333.º, 2, e 1292.º do CC. Noutras hipóteses ainda, colocam-se ao intérprete dúvidas fundadas sobre se o conhecimento de certa

⁽⁶⁸⁾ SERGIO CHIARLONI, «Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1987, 570.

questão está dependente da arguição do seu titular, com conhecimento não oficioso ou oficioso pelo tribunal. Estou a referir-me às chamadas **excepções materiais**⁽⁶⁹⁾, cuja identificação, classificação e regime de arguição não suscitam consenso (ver, entre outras, as exceções de não cumprimento dos contratos e do direito de retenção).

Neste quadro, exigir às partes que prevejam qual o caminho que o juiz vai seguir e antevejam qual a decisão que irá proferir é exigir delas um verdadeiro exercício de adivinhação, incompatível com as exigências de um processo justo e leal.

Uma vez que as questões que o juiz pode relevar por iniciativa própria não têm conteúdo homogêneo nem são reconduzíveis a um parâmetro unitário, há que fugir à tentação de identificar questões *standard* e de individualizar as situações que constituem casos de manifesta desnecessidade de contraditório prévio com recurso a fórmulas rígidas e pré-constituídas.

Torna-se por isso mais útil saber quais as hipóteses que a jurisprudência tem considerado poderem constituir decisões-surpresa. De entre elas, podem referir-se as seguintes:

- a) conhecimento oficioso da nulidade de um contrato, não arguida pela parte;
- b) condenação oficiosa por litigância de má fé;
- c) tendo o despacho preliminar do relator natureza provisória, pode e deve a conferência mandar ouvir as partes sobre a eventualidade de rejeitar o recurso por inobservância do disposto no art. 690.º-A CPC ou então convidar a conformar-se com essa norma, sob pena de rejeição do recurso — STJ de 14.03.2002, Proc. 02A1353; a falta de prolação de um tal despacho-convite traduz nulidade tornando prematuro a rejeição do recurso;
- d) conhecimento oficioso da nulidade do trespassse não arguida nem alegada pelas partes — STJ de 01.02.2011, Proc. 6845/07.3 TBMTS.P1.S1;
- e) impor-se-ia, ao invés de rejeição liminar do recurso para uniformização da jurisprudência por falta de junção de certidão de acórdão em contradição com o acórdão recorrido, convidar o recorrente a juntar aquela cópia, por força do princípio da coo-

(69) Por todos, sobre esta categoria, LUIS CARVALHO FERNANDES, “Breves notas sobre a exceção material”, *Direito e Justiça*, 1 (especial), 475-496 e bibliografia aí citada.

peração a que alude o art. 7.º do NCPC- STJ de 21.10.2014, Proc. P1.S1-A;

- f) tendo o tribunal da 1.ª instância, e também a Relação, gerado na recorrente a confiança no aproveitamento de umas anteriores alegações de recurso, viola a proibição da decisão-surpresa não conhecer do recurso por falta de alegações —, STJ de 02.05.2019, Proc. 10066/15.3T8CBR.C1.S2;
- g) cancelamento da inscrição das hipotecas registadas a favor de uma interessada, à revelia desta — STJ de 06.07.2021, Proc. 1193/07.1.TBBNV.E1.S1.

A lei não especifica minimamente qual o objecto sobre o qual deve haver lugar a prévia actuação do contraditório, nem estabelece em que se traduz a *possibilidade de as partes se pronunciarem* sobre as questões a elas sujeitas.

Por certo que não basta que o juiz comunique às partes a sua intenção de conhecer determinada questão. Nem que, por exemplo, no caso de litigância de má fé, notifique a contestação na qual é formulado o pedido de condenação por má fé (RE, decisão singular de 14.12.2012, Proc. 731/0907TBPTG.E1). O Acórdão RP de 02.03.2015, Proc. 39/13.6TBRSD.P1 explica que «*uma decisão judicial que convida as partes a, querendo, pronunciar-se, para pretensamente evitar a prolação de uma decisão-surpresa, tem que identificar minimamente a matéria que é passível de integrar essa “surpresa”, sob pena de grosseira violação do princípio do contraditório*».

Por outro lado, ainda que, em tese, se possa dizer que o respeito integral pelo princípio do contraditório implica que se consinta que as partes desenvolvam amplamente a sua defesa perante novas questões, suscitadas de ofício, anteriormente não sujeitas a confronto dialéctico, parece-me que, os termos vagos e genéricos com que está redigida a locução do art. 3.º, 3, não permitem abrigar a faculdade de as partes, depois de notificadas, deduzirem novos factos e novos meios de prova, nem, por exemplo, alegarem novas excepções ou modificarem os pedidos formulados⁽⁷⁰⁾. De

⁽⁷⁰⁾ Uma hipótese interessante resultante da minha experiência: foram deduzidos embargos; o juiz convidou o embargante a pronunciar-se sobre a tempestividade dos embargos; o embargante respondeu e alegou factos tendentes a demonstrar a tempestividade da oposição; o juiz proferiu despacho liminar a indeferir os embargos por terem sido apresentados fora do prazo, sem se pronunciar sobre os novos factos introduzidos pelo executado; o embargante recorreu, arguindo a nulidade do despacho por omissão de pronúncia. Sobre as posições divergentes quanto à necessidade da audição prévia da parte relativamente ao despacho de indeferimento liminar, Ac. RC de 27.02.2018, Proc. 5500/17.0T8CBR.C1

qualquer modo, caberá à jurisprudência concretizar os pressupostos e condições da actuação correcta do tribunal.

8. Valor negativo da falta de actuação do contraditório pelo juiz

Um dos temas mais debatidos sobre as decisões-surpresa, tanto no processo civil como no administrativo, é o das consequências da violação por parte do juiz do dever de provocar o contraditório.

No debate parlamentar da Proposta de Lei n.º 113/XII, o PCP propôs que o art. 3.º, 3 tivesse a seguinte redacção: *O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, sob pena de nulidade, salvo casos de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.*

Esta proposta não foi aceite, e é pena. Talvez assim se evitasse, pelo menos em parte, a diversidade de opiniões que a partir da redacção final do preceito têm surgido a respeito do valor negativo ligado à falta de respeito pelo contraditório por banda do juiz e os inconvenientes práticos de uma jurisprudência dividida e incerta⁽⁷¹⁾.

Os nossos tribunais encontram-se profundamente divididos a respeito daquele valor negativo: nulidade processual ou nulidade da sentença? nulidade autónoma ou derivada?

9. Nulidade processual ou da sentença? Reclamação ou recurso?

Três são as correntes que podemos identificar na jurisprudência sobre a natureza e regime de arguição da nulidade consistente na falta de actuação do contraditório prévio a uma decisão.

⁽⁷¹⁾ Em Itália só com a chamada mini-reforma introduzida pela lei 18 de junho de 2009, foram sancionadas com nulidade as sentenças de terceira via, através da introdução de um segundo parágrafo no art. 101.º CPC. O legislador teve justamente a intenção de pôr fim à questão da validade/invalidade das decisões de «terza via» e à «desorientação jurisprudencial» sobre o art. 183.º, §4.

Uma primeira corrente entende que se trata de uma nulidade processual, cujo remédio reside, não na reclamação para o juiz, mas na interposição de recurso; uma outra que se trata de uma nulidade da sentença por excesso de pronúncia, igualmente impugnável por via recursiva; uma terceira corrente defende que estamos ao invés perante uma nulidade procedimental, sujeita ao regime geral dos arts. 195.º e 199.º.

Antes de vermos em que se traduz cada uma das correntes, importa sublinhar que para o código existem duas categorias de nulidades: as **nulidades dos actos** e as **nulidades do procedimento**.

De nulidade dos actos se fala na epígrafe da Secção respectiva, e também aos actos textualmente são referidas as regras gerais contidas nos arts. 195.º e 199.º, para além da dos arts. 197.º, 1, e 202.º. E também nos arts. 191.º e 192.º se faz menção à nulidade de um acto em particular: a nulidade da citação.

Já nos arts. 186.º, 1, 187.º, 193.º, 1 e 2, e 195.º, 2, encontra-se assinalada uma outra manifestação do fenómeno da nulidade, que radica na estrutura do processo, e que consiste na repercussão ou extensão da nulidade de acto em acto ou de omissão em acto e na relação de dependência que entre eles se estabelece (ou não) no desenvolvimento do processo.

Há nulidade do acto quando a este faltam os requisitos formais (forma-conteúdo do acto) legalmente exigidos para a perfeição do mesmo acto, mas também quando os actos estão afectados por vícios localizados não no acto singularmente considerado, mas nas circunstâncias que o envolvem (de tempo, de lugar, de comunicação, etc.)(⁷²).

Assim, por exemplo, será nulo por afectado de um vício não formal, uma inspecção pericial não previamente comunicada a ambos os mandatários ou uma inspecção ao local realizada com violação do art. 491.º.

Distinta é a nulidade do procedimento. Falta no código uma definição deste tipo de nulidade, além dos acenos acima referidos. Daí que caiba à doutrina o papel de construção dogmática da figura.

Sergio La China individualiza, para o que aqui nos interessa, uma hipótese-base consistente na **nulidade gerada em vícios não localizados em nenhum acto em particular**, o que pode ocorrer em duas situações-tipo: processo conduzido por juiz em posição jurídica viciada; processo com efeitos produzidos e que não se deviam ter produzido, pela existência de uma causa obstativa geral.

(72) SERGIO LA CHINA, *Diritto...*, *op. cit.*, 740, ss.

De entre estes últimos casos, pode destacar-se a hipótese de dever ter sido integrado o contraditório, e de o não ter sido. Neste caso, «*se a violação da razão obstativa geral à abertura ou continuação do procedimento é apreciada e pronunciada, nulla quaestio: a cadeia da nulidade cessa com a providência ou decisão que a reconhece; mas se isto não acontece, e a violação não apreciada da razão obstativa continua subterraneamente a ser perpetrada, todo o procedimento, até ao seu acto final compreendido, estará viciado de nulidade*»⁽⁷³⁾.

Isto dito, vejamos agora qual a posição de cada uma das correntes jurisprudenciais em presença.

A primeira, é corrente consolidada na jurisdição administrativa e fiscal e encontra-se acolhida também em alguns acórdãos da jurisdição comum (v.g. Acs. STJ de 17.01.2007, Proc.06S2333, e de 30.06.2011, Proc. 527/05.8TBVNO.C1.S1 e ARL de 22.10.2020, Proc. 2648/17.5T8ALM.L1-6).

No acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Abril de 1997, proferido no processo com o n.º 21.070, publicado no *Apêndice ao Diário da República*, de 9 de Outubro de 2000, afirma-se que «*a nulidade acabou por ficar implicitamente coberta ou sancionada pela sentença, dado que a nulidade cometida se situa a seu montante e o dever omitido se encontra funcionalizado à sua prolação*».

Esta doutrina foi adoptada por sucessivos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo, como resulta do acórdão de 6 de julho de 2011 do Pleno da 2.ª Secção, e da jurisprudência aí citada⁽⁷⁴⁾.

Estava em causa nesse aresto o proferimento de uma sentença logo após a apresentação da contestação pela Fazenda Pública e emissão de parecer pelo Ministério Público, sem que ao reclamante tivesse sido dada a oportunidade de se pronunciar sobre o conteúdo da contestação e teor do parecer do Ministério Público, e sem que tivesse tido, entretanto, qualquer intervenção no processo.

O tribunal defendeu que «*tal nulidade pode ser suscitada no recurso interposto da sentença, pois que embora as nulidades secundárias em que o tribunal haja porventura incorrido só possam ser, em princípio, conhecidas mediante reclamação, a deduzir no prazo geral de 10 dias previsto art. 153.º do CPC, o certo é que, por força do n.º 1 do art. 205.º do mesmo Código, esse prazo tem de ser contado do conhecimento da nulidade pelo*

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, 760.

⁽⁷⁴⁾ De entre os menos recentes, Acs. STA de 9/04/97, Rec. 21.190, de 11/03/98, Rec. 21.050, de 30/04/98 Rec. 43.707, de 3/02/99, Rec. 21.660 e de 15/09/99, Rec. 45.312.

interessado. E, no caso vertente, face à sucessão processual acima exposta, o prazo para arguição da nulidade não se tinha ainda iniciado quando foi proferida a decisão recorrida — por falta de conhecimento, pelo interessado, da irregularidade alegadamente cometida — a qual, desse modo, dá cobertura à referida nulidade.

Aliás, a irregularidade cometida só se consumou verdadeiramente com a pronúncia da decisão judicial, pois como se deixou devidamente explicitado no acórdão desta Secção e Tribunal proferido em 9/04/1997, no recurso n.º 21070, «a nulidade acabou por ficar implicitamente coberta ou sancionada pela sentença, dado que a nulidade cometida se situa a seu montante e o dever omitido se encontra funcionalizado à sua prolação, pelo que tal nulidade processual se tornou também vício formal da sentença que lhe deu cobertura».

A jurisdição administrativa nunca se afastou deste entendimento, como resulta, entre outros, do Ac. STA de 16.09.2020, Proc. 01762/13. 0BEBRG, no qual se lê que «as nulidades do processo que sejam susceptíveis de influir no exame e decisão da causa e forem conhecidas apenas com a notificação da sentença, têm o mesmo regime das nulidades desta (art. 615.º, do CPC) e devem ser arguidas em recurso desta interposto, quando admissível, que não em reclamação perante o tribunal o Tribunal a quo».

Para a compreensão da segunda corrente importa dizer que se encontra estreitamente ligada ao trabalho doutrinário de Miguel Teixeira de Sousa.

Este autor mostra ser um entusiasta da ideia de cooperação processual e entende que a matéria do art. 3.º, 3 não respeita à observância do contraditório, mas sim à vertente de *consulta* daquele princípio. Sustenta que a violação daquele princípio na dita vertente, ao se decidir de modo surpreendente para a parte, consubstancia nulidade da sentença, por excesso de pronúncia [art. 615.º, 1, d)].

Prova da influência das ideias de Teixeira de Sousa na jurisprudência é o recente Ac. STJ de 13.10.2020, Proc. 392/14.4T8CHV-A.G1.S1, cuja motivação é um repositório das teses do autor, desenvolvidas no Blog do IPPC.

Diz-se aí: «Assim, e como se dá nota no acórdão do STJ de 23.6.2016, proc. n.º 1937/15.8T8BCL.S1, em <www.dgsi.pt>: no escrito datado de 10.5.2014, no referido Blog, em comentário ao Ac.R. de Évora, de 10.4.2014, o referido processualista observou que ainda que a falta de audiência prévia constitua uma nulidade processual, por violação do princípio do contraditório, essa «nulidade processual é consumida por uma nulidade da sentença por excesso de pronúncia [art. 615.º, n.º 1, al. d), do NCPC], dado que sem a prévia audiência das partes o tribunal não pode conhecer do fundamento que utilizou na sua decisão». Também em escrito

datado de 23.3.2015, em comentário ao Ac. da R. do Porto, de 2.3.2015, concluiu que «o proferimento de uma decisão-surpresa é um vício que afecta esta decisão (e não um vício de procedimento e, portanto, no sentido mais comum da expressão, uma nulidade processual)»; como aí se refere, até esse momento, «não há nenhum vício processual contra o qual a parte possa reagir», e que «o vício que afecta uma decisão-surpresa é um vício que respeita ao conteúdo da decisão proferida; a decisão só é surpreendente porque se pronuncia sobre algo de que não podia conhecer antes de ouvir as partes sobre a matéria».

Ainda no escrito de 20.5.2020, em comentário a acórdão da Relação do Porto, apreciou assim: “O vício decorrente da falta da audiência prévia das partes é — como é indiscutível e indiscutido — o proferimento de uma decisão-surpresa; há, assim, uma decisão-surpresa, mas não uma “nulidade-surpresa”⁽⁷⁵⁾; basta este aspecto linguístico para justificar que o vício não é a nulidade processual, mas antes a decisão-surpresa; esta expressão indicia um desvalor da decisão, pelo que não é compreensível desconhecer este desvalor e recorrer ao da nulidade processual (e menos ainda pretender duplicar o desvalor da decisão-surpresa com o da nulidade processual); acresce que o CPC trata diferentemente as nulidades processuais (arts. 186.º e ss.) e as nulidades da decisão (arts. 615.º, 666.º, n.º 1, e 685.º), pelo que fica por justificar como é que, contra a sistemática do CPC, uma decisão viciada é uma nulidade processual; — O objecto do recurso é (sempre) uma decisão (não pode ser outra coisa); há uma decisão recorrida, mas não uma “nulidade recorrida”; logo, o objecto do recurso é a decisão-surpresa, o que significa que o recorrente tem de fundamentar a interposição do recurso num vício dessa decisão; em concreto, a decisão-surpresa é uma decisão nula por excesso de pronúncia, dado que conhece de matéria que, perante a omissão da audiência das partes, não podia conhecer [arts. 615.º, n.º 1, al. d), 666.º, n.º 1, e 685.º CPC]”.

Por último, no escrito de 22.9.2020 do mesmo Blog, escreveu: “(...) A audiência prévia das partes é um pressuposto ou uma condição para que a decisão não seja considerada uma decisão-surpresa. Quer dizer: a decisão-surpresa é um vício único e próprio: a decisão é uma decisão-surpresa quando tenha sido omitida a audiência prévia das partes. Noutros termos: há um vício (que é a decisão-surpresa), e não dois vícios independentes (a omissão da audiência prévia das partes e a decisão-surpresa). Em concreto: há um vício processual que é consequência da omissão de um acto. Se

(75) Esta expressão é ambígua porquanto serve também para designar o conhecimento oficioso-surpresa de uma nulidade relativa.

assim é, claro que o que há que considerar é o vício em si mesmo (a decisão-surpresa), e não separadamente a causa do vício e o vício. Em parte alguma do direito processual ou do direito substantivo se considera a causa do vício e o vício como duas realidades distintas. A única distinção que é possível fazer é ontológica: é a distinção entre a causa e a consequência. Dado que a decisão-surpresa corresponde a um único vício e porque este nada tem a ver com a decisão como trâmite, o vício de que padece a decisão-surpresa só pode ser um vício que respeita à decisão como acto. Em concreto, a decisão-surpresa é uma decisão nula por excesso de pronúncia [art. 615.º, n.º 1, al. d), CPC], dado que se pronuncia sobre uma questão sobre a qual, sem a audição prévia das partes, não se pode pronunciar”.

Portanto, seja qual for a perspectiva que se adopte — a consunção da nulidade processual pela nulidade da decisão por excesso de pronúncia — ou a consideração de apenas um vício, o da decisão, será sempre este último que deverá ser atacado».

Noutra ocasião, sob o título — **Por que se teima em qualificar a decisão-surpresa como uma nulidade processual?** — Teixeira de Sousa voltou ao tema acrescentando mais um argumento: *o da incompetência funcional do segundo grau para conhecer de eventual reclamação.*

Esta posição foi, e continua a ser, seguida em inúmeros arestos, designadamente nos recentes Acs. da RE de 23.09.2021, Proc. 1502/20.8 T8PTM.E1, da RG de 25.03.2021, Proc. 2935/11.6T13BCL.G1, da RL de 04.11.2021, Proc. 344/20.5T8vFX.L1-2 e da RP de 22.06.2021, Proc. 1431/20.5T8PVZ.P1 e ainda, entre outros, nos Acs. STJ de 23.06.2016, Proc. 1937/15.8TBCL.S1 e de 16.12.2021, Proc. 4260/15.4TSFNC-E.L1.S1.

Por fim, uma terceira corrente, defende que, *porquanto a omissão da audição das partes (salvo no caso de falta de citação) não constitui nulidade de que o tribunal conhece oficiosamente, a eventual nulidade daí decorrente tem que ser invocada pelo interessado no prazo de 10 dias após a respectiva intervenção em algum acto praticado no processo.* Trata-se de uma **nulidade processual atípica**, ou **secundária**, que se integra na previsão do n.º 1 do art. 195.º As nulidades processuais devem, em princípio, ser arguidas perante o tribunal onde se alega terem sido cometidas, só cabendo ao Tribunal de recurso conhecê-las, em regra, no recurso que for interposto do despacho que as aprecie. Com efeito, ao segundo grau não compete [competência funcional] decidir em 1.ª instância de nulidade processual cometida no Tribunal *a quo*, excepto (além do caso previsto no art. 199.º, 3) se se tratar de **nulidade de conhecimento oficioso que não deva considerar-se sanada**. Resulta, deste enquadramento, que **quando a nulidade só é arguida em sede recursiva, para além do**

decêndio legal, contado a partir do conhecimento da decisão-surpresa, essa nulidade já se encontra sanada e não deve ser atendida.

Esta a posição que consta, entre outros, dos Acs, do STJ de 13.01.2005, Proc. 04B4031 e dos Acs. RE de 01.04.2004, Proc. 2737/03-2, RG de 24.10.2019, Proc. 80/18.2T8TMC.E.G1, RC de 03.05.2021, Proc. 1259/20.9T8VIS.C1, RL de 11.12.2014, Proc. 116/13.3YXLSB.L1-2, e RP de 06.06.2006, Proc. 0622702.

10. As três respostas da jurisprudência à prova

É sistematicamente afirmado nos Acórdãos que se debruçam sobre as decisões solipsísticas dos juízes, o seguinte postulado: «**dos despachos recorre-se, contra as nulidades reclama-se**».

O que significa esta máxima? Significa: «*a arguição da nulidade só é admissível quando a infracção processual não está ao abrigo de qualquer despacho judicial; se há um despacho a ordenar ou autorizar a prática ou a omissão do acto ou formalidade, o meio próprio para reagir, contra a ilegalidade que se tenha cometido, não é a arguição ou reclamação por nulidade, é a impugnação do respectivo despacho pela interposição do recurso competente*»⁽⁷⁶⁾.

Justificar esta construção não é tarefa difícil. Como explica Alberto dos Reis, «*desde que um despacho tenha mandado praticar determinado acto, por exemplo, se porventura a lei não admite a prática desse acto é fora de dúvida que a infracção cometida foi efeito do despacho; por outras palavras, estamos em presença dum despacho ilegal, dum despacho que ofendeu a lei de processo. Portanto a reacção contra a ilegalidade traduz-se num ataque ao despacho que a autorizou ou ordenou; ora o meio idóneo para atacar ou impugnar despachos ilegais é a interposição do respectivo recurso (art. 677.º, hoje art. 676.º)*».

Se, em vez de se recorrer do despacho, se reclamasse contra a nulidade, ir-se-ia pedir ao juiz que alterasse ou revogasse o seu próprio despacho, o que é contrário ao princípio de que, proferida a decisão, fica esgotado o poder jurisdicional de quem decidiu (art. 666.º)⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...2.º, op. cit.*, 507. Em igual sentido, MANUEL A. DOMINGUES ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, 183, ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1981, 134 e ANTUNES VARELA, *et alii, Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, 393.

⁽⁷⁷⁾ *Op. cit.*, 507/508.

O professor de Coimbra equacionava também uma outra hipótese, menos simples, «*os casos em que por trás da irregularidade cometida está um despacho, mas este não contém uma pronúncia expressa sobre a irregularidade*»⁽⁷⁸⁾. Nestas hipóteses devia interpor-se recurso ou reclamar?

Alberto dos Reis entende que ao lado do julgamento *expresso* deve pôr-se o julgamento *implícito*: «*a decisão não vale somente pela vontade declarada que nela se contém, vale também pelos pressupostos tacitamente resolvidos*»⁽⁷⁹⁾.

Assim sendo, a resposta àquele quesito terá de ser esta: «*deve agravar-se se for de admitir que o despacho contenha resolução implícita sobre o facto que serve fundamento ao recurso; deve reclamar-se contra a nulidade no caso contrário*»⁽⁸⁰⁾.

O professor de Coimbra não alude à hipótese inversa, ou seja, se em vez de reclamar contra a nulidade, se interpuser recurso. Nessa hipótese, como a reclamação deve ser feita perante o juiz que proferiu a decisão, segundo o brocardo «*do príncipe mal informado para o príncipe bem informado*», parece que *o segundo gau não seria funcionalmente competente para apreciar a nulidade*.

Pois bem, a primeira corrente inspira-se claramente na lição de Alberto dos Reis, quando este autor se refere às **decisões implícitas**. No entanto, alarga desmesuradamente o âmbito desta categoria fazendo-a abranger casos em que manifestamente tal abrangência não se justifica.

O juiz pode não convocar o contraditório por vários motivos:

- i) porque entende que *não estão preenchidos os pressupostos do art. 3.º, 3;*
- ii) porque mais especificamente julga que *é manifesta a desnecessidade de proceder à audiência das partes;*
- iii) porque erra na individualização da norma, etc.

Raramente acontecerá que o magistrado justifique o não cumprimento de um dever legal, em matéria de tão importante relevo, sendo certo, por outro lado, que **a lei não exige**, ao contrário do que se chegou a pensar, **que o juiz fundamente a dispensa da audiência das partes relativamente a questão nova**.

⁽⁷⁸⁾ *Op. cit.*, 509.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, 510.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, 511.

Mas tal pode acontecer. Veja-se, por exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa de 21.10.2021, Proc. 83/20.7YGILSB-A.L1PICRS⁽⁸¹⁾.

Na ausência de uma justificação expressa para a conduta omissiva, põe-se a questão de saber **se existe ou não uma decisão implícita**.

Ora é aqui que muitas das decisões pertencentes à primeira corrente claudicam, ao julgarem que só por um acto judicial suceder a jusante a um outro omissivo, a decisão vale não apenas «pela vontade declarada que nela se contém», mas também pela vontade implícita que dela se deduz.

Concretizemos: bem se compreende que uma coisa é, por exemplo, como se decidiu no Ac. STJ de 18.10.2006, Proc. 06S1731, entender que **uma eventual nulidade está coberta por despacho judicial**, quando a decisão impugnada considerou que o objecto do acto alegadamente omitido era totalmente irrelevante para essa decisão, e outra é aplicar, como por exemplo, no Ac. RL de 22.10.2020, supracitado, **um mero critério cronológico de sucessão entre actos** para ancorar nessa sucessão o efeito de cobertura da decisão sucessiva.

No nosso ordenamento não existe a categoria de **nulidade derivada em sentido forte**, isto é, no sentido da propagação da nulidade de um acto a **todos** os actos posteriores, como decorre do art. 195.º, 2: a nulidade actua para a frente; só são infectados pela nulidade os actos subsequentes ao acto inválido que dele dependam absolutamente.

Não há presunção que diga que, *quando o juiz profere uma decisão, se certifica de que se verificaram até aí, isto é, em todos os actos anteriores da série, todos os requisitos de regularidade procedimental* (cf. todavia art. 566.º). Nem se explica como o facto de uma comissão suceder a uma omissão aquela possa ter a virtude de, só por causa da cadeia sucessiva dos actos, mesmo que ancorada na função instrumental existente entre todos os actos da série, menos no último, possa sanar *silenter* a falta anterior. Tal resulta aliás desmentido pela análise de S. La China a que fiz alusão.

Não se estranha, por isso, que esta orientação tenha cada vez menos adeptos. A ela contrapõe-se a segunda corrente que entende ser mais seguro *«assentar em que sempre que o juiz, ao proferir alguma decisão, se*

(81) Neste Acórdão justifica-se o não cumprimento do contraditório prévio a eventual condenação por litigância de má fé, «porque o tribunal, estando ciente que este recurso foi apresentado contra uma decisão interlocutória proferida num processo que está pendente em 1.ª instância, não pretende introduzir uma ainda maior perturbação à tramitação desses autos e assim criar obstáculos indesejáveis (e indesejados) ao cumprimento do dever consagrado no n.º 4 do art. 20.º da Constituição da República e no n.º 1 do art. 2.º do CPC 2013, qual seja, o de assegurar a satisfação do direito das partes (e de todos os que interagem no comércio jurídico) a obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar».

abstenha de apreciar uma situação irregular ou omite uma formalidade imposta por lei, a parte interessada deve reagir através da interposição de recurso sustentado na nulidade da própria decisão, nos termos do art. 615.º, n.º 1, al. d)»⁽⁸²⁾.

Esta posição assenta na tese de que a nulidade processual é consumida pela nulidade da sentença por excesso de pronúncia (ou de que só existe um vício, o da decisão-surpresa, nada havendo na lei que distinga o vício da sua causa).

Parece-me, salvo o respeito devido, que a tese consumptiva não é dogmaticamente conveniente nem se adequa ao regime positivo, e, além disso, entendo que não é convincente qualificar o vício da decisão-surpresa como excesso de pronúncia.

Desde há pelo menos 70 anos que a dogmática civilística reconhece a incompatibilidade entre **formação sucessiva e procedimento**.

Angelo Falzea explica-nos bem a diferença entre as duas categorias: «*A pluralidade de actos que se verifica nas hipóteses de formação sucessiva é susceptível de unificação, isto é, torna-se um só acto, enquanto, e só enquanto, consequências jurídicas são ligadas pela lei à inteira totalidade do ciclo formativo: o conjunto dos actos é portanto uma unidade não meramente conceitual, mas jurídica, sendo fonte unitária de situações produtoras de efeitos. Também o procedimento contém uma pluralidade de actos compondo uma série temporal, mas o que falta nesta figura é justamente a consideração unitária da pluralidade no reflexo da eficácia. Na verdade, a situação jurídica final não deriva do conjunto dos actos, como acontece com o caso de formação sucessiva, mas é produzida somente pelo último acto da série*»⁽⁸³⁾.

Desenvolvendo o seu raciocínio acrescenta o civilista italiano: «*A formação sucessiva é uma coordenação de dois ou mais actos, ou de actos e eventos, os quais concorrem em conjunto para a integração de uma factispécie mais complexa, de que vêm a constituir as componentes. O procedimento ao invés é uma coordenação de dois ou mais actos que concorrem para a determinação do acto final, mas que permanecendo estranhos ao núcleo dos elementos estruturais deste último, se posicionam como simples determinantes, no sentido em que qualquer um deles está orientado para tornar legítimo, nos limites da sua própria zona de influência, o acto com o qual a série se*

⁽⁸²⁾ ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, 27/28.

⁽⁸³⁾ ANGELO FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Edizione Scientifiche Italiane, ristampe, della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura de Pietro Perlingieri, Bari, 1999, 190/191.

conclui. A formação sucessiva concretiza-se numa sequência de actos, ou de actos e eventos, os quais vêm gradualmente a integrar uma factispécie unitária mais complexa, em cujo seio permanecem absorvidos como partes a respeito do todo; o procedimento ao invés concretiza-se numa sequência de actos destinados a permanecer sempre estruturalmente distintos»⁽⁸⁴⁾.

E concluindo, o autor afirma que, do perfil normativo, a «*predita distinção configura-se do seguinte modo: para a formação sucessiva — como já se observou — o ordenamento jurídico dispõe uma norma que considera a factispécie complexa na sua inteireza, e ao lado das várias normas auxiliares que prevêem a factispécie singular, na qual se concretizam os vários momentos do ciclo; para o procedimento ao invés só importam as normas concernentes às fases da sequência na sua jurídica coordenação*»⁽⁸⁵⁾.

Bem se compreende que na hipótese que aqui nos preocupa, e que tem a ver com **a omissão de um acto de uma série temporal e plúrima de actos**, a situação final não deriva do conjunto dos actos, como acontece no caso de formação sucessiva, mas é produzida somente pelo último acto da série, normalmente a sentença.

Dito de outro modo: o activação do contraditório posiciona-se como simples *determinante*, no sentido em que claramente está orientado para tornar melhor a decisão, *ergo* para a legitimar melhor.

Ou ainda: a actuação do contraditório integra-se numa sequência em que é estruturalmente autónomo, embora funcionalmente instrumental, ao contrário da sentença que é estrutural e funcionalmente autónoma.

Este destaque dado à **autonomia do acto omitido** impede a aludida consumpção e que se ponha a tónica na nulidade da decisão, confundindo o procedimento com um ciclo formativo de natureza diferente.

Cinquenta e cinco anos depois de Angelo Falzea ter publicado a monografia citada, Remo Caponi debruça-se também sobre o **procedimento**, a propósito da relevância dos impedimentos no exercício dos poderes processuais.

O Professor de Florença escreve que é difícil compreender que a produção de efeitos pelo accertamento de uma situação substancial deduzida em juízo derive só de uma única factispécie que congloba todos os actos do processo, chamando a atenção para que tal concepção não é conciliável com o direito positivo⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, 191.

⁽⁸⁵⁾ *Idem*.

⁽⁸⁶⁾ REMO CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996, 10.

Com efeito, tal incompatibilidade deduz-se facilmente da extensão da nulidade de um acto processual aos actos sucessivos dependentes (art. 159.º, § 1.º, c.p.c. it.) e da distinção entre a nulidade da sentença e a nulidade do procedimento (art. 360.º, 4, c.p.c.).

Estas normas, comenta Caponi, «*têm um sentido se se perfila o procedimento como uma sequência de actos que concorrem para a produção do acto final na qualidade de elementos determinantes estranhos à estrutura deste último, como são estranhos à estrutura de uma pretensa factispécie unitária. Tais normas não se justificam, pelo contrário, se o procedimento for perfilável como factispécie unitária, porque qualquer acto processual seria enquadrável como elemento de tal factispécie e a sua nulidade provocaria de per se a nulidade do procedimento (sanação à parte), sem necessidade de isolar a nulidade da sentença em relação aos outros actos do procedimento e sem necessidade de recorrer a uma relação de dependência entre actos, através da qual a nulidade se comunica*»⁽⁸⁷⁾.

Esta construção é a mais adequada ao nosso direito positivo. O ordenamento processual português contém, não por acaso, regime semelhante ao italiano, como resulta do art. 195.º, 2, e da inserção sistemática do regime geral das nulidades processuais nos arts. 186.º a 202.º, e, ainda, do regime específico da nulidade das sentenças só no art. 615.º.

Procedimento e pronúncia judicial encontram-se, na verdade, em planos distintos, um reflectindo o instrumento destinado a constituir, através de uma pluralidade de actos sucessivos e estruturalmente autónomos, o dever jurisdicional, e a outra, atingindo, com **autossuficiência**⁽⁸⁸⁾, o efeito final da cadeia.

Acresce que a tese de que a decisão-surpresa padece de excesso de pronúncia não me parece convincente.

Na vida forense, mesmo de entre aqueles que seguem a posição de Teixeira de Sousa, frequentes vezes se encontra quem afirme que estamos diante não de uma pronúncia indevida, mas perante uma omissão de pronúncia (entre outros, Ac. RP de 24.05.2021, Pro. 1949/19.2.T8MAI-A.P1). Na verdade, é mais intuitivo apreender que a falta de actuação do contraditório é uma omissão e não uma comissão. A mutação do vício e a sua transmutação na sequência próxima do acto não é facilmente perceptível.

Por outro lado, tradicionalmente sempre se entendeu que a segunda parte do n.º 1, da alínea *d*) é a inversa da figurada na 1.ª parte, sendo **evi-**

⁽⁸⁷⁾ *Idem.*

⁽⁸⁸⁾ FRANCO CORDERO, *Procedura penale*, settima edizione, Giuffrè, Milano, 2003, 1175.

dente que esta nulidade está em correlação com o segundo período do n.º 2, do art. 608.º: o juiz não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento oficioso de outras⁽⁸⁹⁾.

Maioritariamente, as questões que devem ser previamente sujeitas ao contraditório prévio são as questões de direito e de entre estas as que são de conhecimento oficioso.

Pode dar-se o caso de o juiz considerar erroneamente que uma questão é de conhecimento oficioso e a indique às partes ao abrigo do art. 3.º, 3. Quando o juiz «*exercita poderes, não estabelecidos pela lei, subverte o carácter dispositivo do processo, invadindo a esfera de autonomia da parte interessada no conhecimento oficioso e desresponsabiliza a mesma parte pela eventual omissão em que incorra*»⁽⁹⁰⁾. Neste caso estamos claramente diante de um caso de pronúncia indevida.

Se, por acaso, o juiz se pronunciar oficiosamente sobre uma questão não suscitada por qualquer das partes, sem consentir uma prévia integração da defesa da parte interessada, a pronúncia do juiz resultará viciada sob o perfil da garantia do art. 3.º, 3, mas não do art. 615.º, 1, *d*).

Não se concorda com a afirmação de que o juiz emite uma pronúncia indevida, porquanto:

- i*) é a própria lei a impor-lhe o conhecimento oficioso da questão;
- ii*) não é o conteúdo deste conhecimento oficioso que se questiona no recurso;
- iii*) a decisão considerada nos seus elementos estritamente formais, é irrepreensível.

Sendo assim as coisas, resta apurar se a terceira corrente merece ser seguida.

A uma primeira análise, assim seria: seríamos *tentados a teimar em qualificar, não a decisão surpresa, mas a falta de actuação do contraditório como uma nulidade processual, sujeita ao regime dos arts. 195.º e 199.º*.

Porém, tal posição também não está isenta de críticas. Tem razão Teixeira de Sousa quando assevera que «*a haver a nulidade inominada estabelecida no art. 195.º, n.º 1, CPC, então o meio adequado para a parte*

⁽⁸⁹⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil, Anotado*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, 143.

⁽⁹⁰⁾ ANTONINO BARLETTA, *Extra e ultra petitione, studio sui limiti del dovere decisório del giudice civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 93.

reagir contra essa nulidade seria a reclamação perante o tribunal na qual a nulidade foi cometida (art. 196.º CPC)» e que «assim, para ser coerente com a própria qualificação que faz do vício (nulidade processual), o tribunal de recurso deveria, no seu acórdão, ter reconhecido que não tem competência (funcional) para o apreciar».

Por outro lado, é um facto iniludível que a jurisprudência tem feito uma interpretação muito lata dos casos que dispensam o contraditório vertical, pelo que esta última posição pode resultar, na prática, em indefesa, dado o seu regime incerto e complexo (dupla reacção em prazos diferentes contra a nulidade processual e contra a sentença final). Talvez⁽⁹¹⁾ haja um remédio de quarta via.

11. Há um remédio de quarta via?

Paula Costa e Silva é peremptória: *«segundo a doutrina dominante, os vícios que determinam a nulidade dos actos são vícios estritamente formais. Se se admite que os arts. 193.º a 200.º do CPC não esgotam as nulidades dos actos processuais circunscreve-se sempre esta valoração à inobservância das regras formais»*⁽⁹²⁾.

Na verdade, já Anselmo de Castro, que a autora cita, alertava para o seguinte: *«importa ter ainda presente que os vícios do acto processual que a lei versa sob a epígrafe de nulidade, se referem apenas aos vícios formais; os vícios substanciais, como por ex. os cometidos na apreciação da matéria de fundo, ou na tramitação do processo, são objecto de recurso, não se inserindo na previsão normativa das nulidades»*⁽⁹³⁾.

Não é esta a doutrina dominante em Itália, que considera, ao lado das nulidades que derivam de um vício de forma *stricto sensu* (**nulidades formais**), a existência de nulidades do acto que derivam da falta de um seu pressuposto, de qualquer coisa exterior ao próprio acto, mas indispensável para a sua validade (**nulidades extraformais**)⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ Avanço na procura de uma quarta via essencialmente por razões práticas, com a preocupação de tutelar eficazmente o direito ao contraditório, mas ao mesmo tempo de não fugir dos limites impostos pelos dados da lei positiva.

⁽⁹²⁾ PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, 493.

⁽⁹³⁾ ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1982, 102.

⁽⁹⁴⁾ Sobre esta distinção na doutrina italiana, cf. por todos, ROBERTO POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, 33, ss.

Na definição de Bruno Sassani, **nulidade extraformal** «é a nulidade que fere um acto que, considerado nos seus elementos estritamente formais, é irrepreensível, mas que todavia permanece negativamente condicionado por um vício exterior a ele: por ex. pela falta de uma condição subjectiva, pela subsistência de uma nulidade (não sanada) de um precedente acto da série»⁽⁹⁵⁾.

Que eu saiba, entre nós, só Isabel Alexandre leva em consideração este tipo particular de nulidade a propósito da taxatividade das nulidades e das proibições de prova ilícita.

Esta autora cita Anselmo de Castro, o qual interpreta o sintagma do art. 201.º, 1 (actual 195.º, 1) — «a prática de um acto que a lei não admita» — de modo a abranger a prática de um acto que «repugna à índole ou espírito do sistema processual vigente»⁽⁹⁶⁾, e Alberto dos Reis quando este refere que «a proibição, além de expressa pode ser implícita. O acto deve considerar-se proibido implicitamente ou virtualmente, quando for contrário à índole do processo ou comprometer o fim que a lei se propôs conseguir. É o que sucede com a audiência do arrestado antes de decretado e efectuado o arresto»⁽⁹⁷⁾.

Ora Isabel Alexandre, na esteira destes autores, defende que a expressão legal abarca «tanto os actos violadores de normas processuais como de princípios jurídicos», «não apenas as normas processuais (a lei processual), mas também as normas constitucionais (a lei constitucional, por força da vinculação do juiz aos direitos fundamentais — art. 18.º, n.º 1 CRP)». Consequentemente, «quando o acto ilícito se tenha verificado na órbita processual, pode traduzir a prática de um acto que a lei (constitucional) não permite e, nessa medida, enquadrar-se na previsão do [art. 201.º, 1], gerando nulidade»⁽⁹⁸⁾.

Pois bem, o contraditório é **um princípio estruturante do processo civil**, mas é mais do que isso: é um **direito processual fundamental**⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁵⁾ BRUNO SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Settima edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 95. Defendendo a legitimidade de relevar os vícios não formais, apesar do silêncio da lei, FRANCESCO CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, terza ed., T. I, Soc. Ed. Del «Foro Italiano», Roma, 1942, 334; VITTORIO DENTI, *Nullità degli atti processual civili*, Novissimo Digesto Italiano, XI, Torino, 1965, 470; GIOVANNI VERDE, *Profili del processo civile*, 1. Parte Generale, sesta ed., Jovene editore, Napoli, 2002, 305.

⁽⁹⁶⁾ ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual...*, op. cit., 108.

⁽⁹⁷⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao código de processo civil*, Vol. 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1945, 483, nota 1.

⁽⁹⁸⁾ ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, 180.

⁽⁹⁹⁾ LIONEL ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, LGDJ, Paris, 2006, 133, ss.

Este qualificativo decorre da sua consagração constitucional nos arts. 20.º, 1 e 202.º, 2 CRP enquanto direito de defesa, e no art. 32.º, 5, mas ainda do art. 6.º da *Convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais* e do art. 47.º da *Carta dos direitos fundamentais da União europeia*.

O direito ao contraditório está ínsito no direito de defesa e o direito de defesa requer que o processo se estruture nas várias fases, de acordo com o princípio do contraditório. Nesta tautologia se realiza a elementar concretização da garantia do processo equitativo.

Com a audiência prévia dos interessados pretende o legislador que o tribunal e as partes discutam as questões relevantes, de facto e de direito, em função de uma decisão melhor, superando a concepção meramente subjectiva-defensiva-retórica do dever de actuação do contraditório.

A falta de actuação do contraditório concretiza um mau exercício dos poderes do juiz, que se traduz na impossibilidade para as partes de exercerem os respectivos poderes processuais. A sentença proferida nestas condições pode, por isso considerar-se ferida de nulidade **extraformal** (ou se se preferir **virtual**) «*geneticamente derivada das garantias constitucionais (que são justamente aquelas em protecção da defesa e do contraditório), cujos efeitos, na ausência de qualquer sanção textual prevista em normas ordinárias, são de per se cogentes e inderrogáveis por todos (e, em particular pelos juízes, funcionalmente sujeitos ao princípio da legalidade)*»⁽¹⁰⁰⁾.

Constituiria, de resto, «uma particular bizarria hipotizar que uma violação, que constitui fundamento de anulação de uma sentença arbitral [art. 46.º, 3, LAV], possa não determinar a nulidade da sentença adoptada, em igualdade de condição patológica, pelo juiz ordinário» (*sentenza Sezione Unite Cassazione, n.º 36596/2021*).

Tratando-se de **vício da sentença**, este deve ser feito valer em sede de recurso, não sendo de exigir à parte interessada que alegue as concretas deduções defensivas que teria utilizado se o acto omitido (de actuação do contraditório) tivesse sido praticado e que se tivessem sido devidamente levadas em conta pelo juiz teriam podido razoavelmente conduzir a uma decisão diversa daquela que foi realmente tomada⁽¹⁰¹⁾.

Tal influência deriva, em sim mesma, da circunstância de o juiz, ao decidir uma questão de direito ou de facto de conhecimento officioso, ter

⁽¹⁰⁰⁾ LUIGI PAOLO COMOGLIO, ««Terza via» e processo «giusto»», *Rivista diritto procesuale civile*, 2006, 756.

⁽¹⁰¹⁾ Cf. neste sentido *sentenza Sezione Unite Cassazione, n.º 36596/2021*.

violado o contraditório. Defender o contrário «*arrisca-se a debilitar a valência garantista dos esquemas processuais predispostos pelo ordenamento e acaba por transformar subrepticamente a garantia da nulidade em censura de injustiça*»⁽¹⁰²⁾.

Por outro lado, não me parece ser de aplicar analogicamente à esta nulidade o regime do art. 195.º, 1, atendendo a que o interesse protegido pela garantia do contraditório não é exclusivo das partes.

Independentemente de a parte a invocar, esta nulidade extraformal, porquanto serve para salvaguardar o ordenamento de um desvalor que afecta um princípio essencial do sistema, pode ser oficiosamente conhecida, em qualquer estado do processo e em qualquer grau, até ao trânsito da decisão final.

Radicada em elemento *sine qua non* do procedimento, o juiz, diante da procedência da arguição da invalidade, por meio de recurso, ou oficiosamente, anulará a sentença impugnada reinvestindo o órgão *a quo* no dever de praticar o acto compulsivo em falta.

12. Conclusão

O contraditório pode assumir dois sentidos diferentes: o ***contraditório em sentido débil*** e o ***contraditório em sentido forte***⁽¹⁰³⁾

A primeira modalidade parte da confiança na existência de uma *verdade objectiva* que o juiz tem o dever de descobrir.

Para tal fim, o contraditório torna-se um instrumento útil, mas não indispensável, que se exaure na garantia de as partes poderem debater entre si ao longo de todo o processo.

A segunda modalidade começa por olhar o contraditório como um instrumento para a descoberta da *verdade provável*, e consiste na convicção de que o contraditório se resolve na regulamentação do diálogo, de modo a assegurar reciprocidade e igualdade não só entre as partes mas também entre o juiz e as partes.

Como sublinha Nicola Picardi, o contraditório, nesta acepção, torna-se «*não um instrumento de luta entre as partes, mas um momento fundamental do juízo, uma metodologia de procura da “verdade” por parte do*

⁽¹⁰²⁾ ANDREA PANZAROLA, «Alla ricerca dei substantialia processus», *Rivista di diritto processuale*, 2015, 693.

⁽¹⁰³⁾ NICOLA PICARDI, *op. cit.*, 209-212.

juiz, com a colaboração das partes, recuperando o aspecto ético, para além do lógico, do processo».

O princípio *audiatur et altera pars* foi tradicionalmente concebido sob um perfil retórico-defensivo, isto é, em sentido débil. Apesar de em 95/96 se ter querido tornar o processo mais isonómico, ou menos assimétrico, a verdade é que os tribunais, como resulta da jurisprudência do Supremo, conviveram mal com esta tentativa de horizontalização e de racionalização e logo passaram a transmutar a regra em excepção: em vez de se sentirem vinculados a dispensar o contraditório prévio só em casos de manifesta desnecessidade, como a lei literalmente exige, preferiram interpretar a proposição contida no art. 3.º, 3 como se dissesse que só em caso de necessidade o contraditório deve ser convocado.

Quem vir o contraditório de fora, pode dizer, como Andrea Panzarola que «o art. 3.º, 3 do código de processo civil português de 2013 é o último anel de uma cadeia de codificações (compreendida a italiana: art. 101.º, §2.º, 183.º, §4, 384.º, §3, c.p.c.) que acolhem uma concepção «forte» do contraditório abrangendo também o juiz»⁽¹⁰⁴⁾. Na prática, porém, viu-se que o contraditório em Portugal não tem esta índole.

Viu-se também que as tentativas de «contornar» o regime positivo das nulidades processuais, inadequado e a precisar de reforma urgente, de modo a afastar o risco de indefesa, mostram-se débeis e a precisar, enquanto não houver uma também desejada intervenção legislativa, de uma construção dogmática mais consistente.

De qualquer modo, não compreendo a relutância em relação à «**ética da discussão**»⁽¹⁰⁵⁾, nem a desconfiança em relação à **democracia processual**.

⁽¹⁰⁴⁾ ANDREA PANZAROLA, «Alla ricerca dei substantialia processus», *Rivista di diritto processuale*, 2015, 692, nota72.

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre esta designação, várias concepções éticas podem modernamente referir-se, designadamente as ligadas aos nomes de Jürgen Habermas e Karl Otto Apel, este último respondendo à situação de hoje com uma **ética da discussão** fundada de maneira pragmático-transcendental, segundo a qual o sujeito é considerado como «desde sempre membro de uma comunidade real de comunicação histórica», com a qual deve desde sempre partilhar uma *língua concreta* e uma *precompreensão* dos problemas, assim como um acordo mínimo sobre as *certezas paradigmáticas* e as *premissas aceites* da argumentação». O autor distingue as reflexões transcendentais da comunicação humana das discussões *empiricamente* existentes. Nas discussões reais, ocorrem autênticos conflitos, e, em relação a eles, «as inultrapassáveis normas da discussão funcionam manifestamente como *padrões* da sua regulação, cuja validade deve mesmo ser imposta no espaço público por determinadas sanções. Eis porque as discussões *reais* não podem estar tampouco, em sentido estrito, “livres de qualquer dominação”, como é pressuposto na discussão argumentativa, mas requerem ao menos uma *chairperson*, um árbitro, cuja quase-função de dominação é precisamente de assegurar, na discussão real, quanto possível a ausência de dominação», KARL OTTO APEL, *Ethique de la discussion*, Les Éditions du Cerf, Paris, 1994: *passim*, designadamente pp. 39, 62 e 63.

Nada justifica que se abdique de um instrumento que pode garantir que alguns interesses sejam melhor tidos em conta e que algumas decisões sejam melhor tomadas e aceitas.

O fulcro da «justeza»do processo é, mais do que qualquer outra, a regra do *contraditório* dado que só através de um confronto rigorosamente dialéctico entre as partes parece possível chegar a uma decisão correcta em sede processual.

Finalmente, «não se trata de não surpreender as partes, trata-se de discutir as questões relevantes, de facto e de direito, em função de uma decisão melhor, superando a concepção meramente subjectiva-defensiva-retórica do dever de actuação do contraditório»⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ CINZIA GAMBA, *op. cit.*, 288.