

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

**Ana Maria de Oliveira Borges**

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA  
COMO FORMA DE PROMOVER A  
RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE  
LITÍGIOS**

**AS SOLUÇÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO  
E DO ORDENAMENTO JURÍDICO INGLÊS**

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, orientada pela Senhora Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende e apresentada Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2021



Ana Maria de Oliveira Borges

**A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA COMO FORMA  
DE PROMOVER A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE  
LITÍGIOS**

AS SOLUÇÕES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DO  
ORDENAMENTO JURÍDICO INGLÊS

**EARLY PRODUCTION OF EVIDENCE AS A WAY TO  
PROMOTE OUT-OF-COURT DISPUTE RESOLUTION**  
THE SOLUTIONS OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND THE  
ENGLISH LEGAL SYSTEM

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende.

Coimbra, outubro de 2021

## **Agradecimentos**

*Ao meu Miguel, por ser o melhor pai do mundo.*

*Às minhas irmãs, Inês e Mariana, por serem as melhores companheiras de vida que eu  
podia ter.*

*Aos meus avós, Ester e Armando, por serem o lugar mais bonito da minha vida.*

*Ao Luís Carlos, por nunca me soltar a mão.*

*Aos meus amigos, àqueles que estão comigo desde sempre e acompanharam todas as etapas  
que aqui me trouxeram, mas também àqueles que chegaram mais tarde e, ainda assim,  
foram uma peça essencial no percurso que agora findo.*

*À Senhora Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto Resende, por todo o  
acompanhamento, por toda a disponibilidade e pelo voto de confiança.*

*A Coimbra, pelas lições, pelos sonhos, pelas tradições, pela saudade. Pelos melhores anos  
da minha vida. Por ter sido casa.*

*A quem já partiu.*



## Resumo

Iniciámos este percurso com o estudo da antecipação probatória em vários ordenamentos jurídicos, incluindo, obviamente, o português. Ficámos, desde cedo, fascinados com a variedade de soluções adotadas no estrangeiro e um tanto preocupados com a forma obsoleta com que este instituto é legalmente previsto entre nós. Compreendemos que a produção antecipada de prova é, no estrangeiro, um mecanismo essencial para promover e estimular o recurso a meios alternativos de litígios, que reduz a pressão sobre os tribunais, e que, quando não se consegue evitar a propositura da ação, permite uma tramitação mais célere e eficiente. Compreendemos, também, que estas vantagens não são aproveitadas em Portugal.

Destarte, revelou-se imperativo proceder ao estudo de alguns sistemas estrangeiros com soluções diferentes da nossa, tendo sido selecionados os ordenamentos jurídicos brasileiro e da Inglaterra e do País de Gales, e, posteriormente, compreender porque as vantagens por eles apresentadas são rejeitadas entre nós e quais as parcelas destes sistemas se poderiam traduzir em benefícios para o direito processual civil português, particularmente, para aprimorar o instituto de produção antecipada de prova que por cá vigora.

Assim, num primeiro momento, será apresentado o regime com que o sistema brasileiro abraça este instituto, após a evolução legislativa de 2015. Não dispensamos uma contextualização do regime anterior, das aclamações da doutrina e da resposta dada pelo legislador, mas o nosso foco será a normatividade atual. Para isso, daremos especial atenção à antecipação da atividade probatória sem requisito de urgência, bom como a toda a problemática que esta questão envolve, através de um acompanhamento das previsões legislativas do ordenamento jurídico brasileiro.

Prosseguimos com o estudo do sistema inglês, e após uma contextualização daquele ordenamento, analisaremos os dois institutos que são aceites como antecipação da atividade probatória, de forma desjurisdicionalizada, pela Inglaterra e o País de Gales. Apesar de se tratar de um regime jurídico bastante diferente do nosso, é possível encontrar, cada vez mais,

inúmeros pontos de aproximação e, sobretudo, várias vantagens que podem ser muito úteis para regime consagrado em Portugal.

Terminamos esta dissertação com a análise do nosso ordenamento jurídico, que relativamente à antecipação probatória é muito limitado, fazendo uma análise crítica daquilo que pode ou não ser melhorado e quais as arestas dos sistemas estudados que podem acarretar vantagens significativas para o nosso direito processual civil e contribuir para melhorar a justiça aplicada pelos nossos tribunais.

**Palavras-chave:** produção antecipada de prova; resolução extrajudicial de litígios; ordenamento jurídico brasileiro; ordenamento jurídico inglês.

## **Abstract**

We started this journey with the study of the anticipation of evidence in various legal systems, including, obviously, Portuguese. We were, from an early age, fascinated with the variety of solutions adopted abroad and somewhat concerned with the obsolete way in which this institute is legally foreseen among us. We understand that the early production of evidence abroad is an essential mechanism to promote and encourage the use of alternative means of litigation, which reduces the pressure on the courts, and which, when it is not possible to avoid the filing of the action, allows a faster and more efficient processing. We also understand that these advantages are not used in Portugal.

Therefore, it was imperative to study some foreign systems with solutions different from ours, having selected the Brazilian and England and Wales legal systems, and, subsequently, to understand why the advantages presented by them are rejected among us and which parts of these systems could translate into benefits for Portuguese civil procedural law, particularly, to improve the institute of anticipated production of evidence that is in force here.

Thus, at first, the regime with which the Brazilian system embraces this institute will be presented, after the legislative evolution of 2015. We do not dispense with a contextualization of the previous regime, the acclamations of the doctrine and the response given by the legislator, but our focus will be the current normativity. For this, we will pay special attention to the anticipation of the evidentiary activity without a requirement of urgency, as well as to all the problems involved in this issue, through a follow-up of the legislative provisions of the Brazilian legal system.

We proceed with the study of the English system, and after a contextualization of that order, we will analyze the two institutes that are accepted as anticipation of the evidential activity, in a de-jurisdictionalized way, by England and Wales. Despite being a legal regime quite different from ours, it is possible to find, more and more, numerous points of approximation and, above all, several advantages that can be very useful for a regime enshrined in Portugal.

We end this dissertation with an analysis of our legal system, which regarding the anticipation of evidence is very limited, making a critical analysis of what can or cannot be improved and what are the edges of the systems studied that can bring significant advantages to our civil procedural law and contribute to improving the justice applied by our courts.

**Key words:** early proof production; out-of-court settlement of disputes; Brazilian legal system; English legal system.

## **Lista de siglas e abreviaturas**

CPC brasileiro – Código de Processo Civil brasileiro de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil brasileiro de 1973

CPR – Civil Procedure Rules (Regras de Processo Civil inglesas)

vol. – volume



## **Índice**

Resumo .....	5
Palavras-chave: .....	6
Abstract.....	7
Key words: .....	8
Lista de siglas e abreviaturas .....	9
Índice.....	11
<b>Introdução .....</b>	<b>17</b>
<b>Capítulo I – O instituto da antecipação de prova no Brasil.....</b>	<b>20</b>
1. O regime anterior à alteração legislativa de 2015 .....	21
1.1. A posição da doutrina brasileira perante o instituto de antecipação de prova regulado no CPC/73.....	23
1.2. Principais alterações introduzidas pelo legislador brasileiro em 2015.....	27
2. Os artigos 381.º a 383.º do CPC brasileiro.....	28
2.1. O regime dos artigos 381.º e 382.º do CPC brasileiro .....	30
2.1.1. A consagração do direito autónomo à prova – os incisos II e III do artigo 381.º do CPC brasileiro .....	33
2.1.1.1. O abandono da concepção de que a prova se dirige exclusivamente ao juiz .....	35
2.1.1.2. A natureza (não) cautelar da ação probatória .....	37
2.1.2. O tribunal competente para julgar as ações probatórias autónomas.....	39
2.1.3. Os poderes do juiz nas ações probatórias autónomas.....	42
2.1.4. O polo passivo da ação probatória autónoma e a sua citação.....	43
2.1.5. Direito de recurso e direito de defesa nas ações probatórias autónomas.....	46
2.1.6. A produção conjunta de várias provas .....	49
2.1.7. A sentença proferida.....	50
2.1.8. A relevância enquanto critério de admissibilidade.....	51
2.2. Outros instrumentos previstos nos artigos 381.º a 383.º do CPC brasileiro .....	52
2.2.1. O Arrolamento .....	52
2.2.2. A Justificação.....	53
2.2.3. Ação de exibição de documento ou coisa .....	55
<b>Capítulo II – O sistema inglês.....</b>	<b>56</b>

1. Os relatórios de <i>Lord Woolf</i> e as consequentes reformas legislativas .....	56
2. A “ <i>active case management</i> ” e os “ <i>overriding objectives</i> ” .....	58
3. “ <i>Pre-action protocols</i> ” e “ <i>practice directions on pre-action conduct and protocols</i> ” .....	62
4. “ <i>Pre-action protocol for the resolution of clinical disputes</i> ” .....	69
4.1. Âmbito de aplicação e objetivos do Protocolo.....	71
4.2. O procedimento ao abrigo do Protocolo.....	72
4.2.1. “ <i>Obtaining health records</i> ” .....	73
4.2.2. “ <i>Rehabilitation</i> ” .....	74
4.2.3. “ <i>Letter of Notification</i> ” .....	74
4.2.4. “ <i>Letter of Claim</i> ” .....	74
4.2.5. “ <i>Letter of Response</i> ” .....	76
4.3. As obrigações emergentes do Protocolo.....	77
4.4. Reflexões finais sobre o Protocolo .....	78
4.5. A Responsabilidade médica em Portugal .....	80
4.5.1. O princípio da igualdade das partes nas ações de responsabilidade civil médica .....	83
4.5.2. O processo clínico .....	87
4.5.3. O estado d’arte da responsabilidade civil médica em Portugal .....	87
5. “ <i>Disclosure</i> ” .....	89
5.1. Aspectos gerais da divulgação de documentos no sistema inglês – A Parte 31 das CPR... ..	92
5.1.1. Definição de documento e de cópia.....	92
5.1.2. O dever de “ <i>disclosure</i> ” .....	92
5.2. “ <i>Standard disclosure</i> ” .....	94
5.3. “ <i>Disclosure statement</i> ” .....	97
5.4. O procedimento de divulgação de documentos.....	98
5.5. Direito de inspeção dos documentos divulgados.....	101
5.6. Utilização dos documentos divulgados .....	103
5.7. Documentos privilegiados .....	105
5.7.1. Documentos confidenciais .....	106
5.7.2. “ <i>Public Interest immunity</i> ” .....	107
5.7.3. “ <i>Without Prejudice Communications</i> ” .....	108
5.7.4. “ <i>Legal professional privilege</i> ” .....	110
5.7.4.1. “ <i>Legal advice privilege</i> ” .....	111

5.7.4.2. “ <i>Litigation privilege</i> ” .....	113
5.7.4.3. Âmbito de aplicação.....	114
5.7.4.4. Renúncia ao privilégio .....	114
5.7.5. “Privilege Against Self-incrimination”.....	115
5.7.6. Procedimento para impedir a inspeção de um documento, com base num privilégio .....	116
6. “ <i>Pre-action disclosure</i> ” .....	116
6.1. “ <i>Likely to be a party</i> ” .....	119
6.2. “ <i>Pre-action disclosure</i> ” limitada à “ <i>standard disclosure</i> ” .....	120
6.3. “ <i>Desirability</i> ” .....	120
7. Divulgação de documentos por terceiros .....	121
<b>Capítulo III – O futuro do instituto da produção antecipada de prova em Portugal: novos horizontes para o Código de Processo Civil português.....</b>	<b>124</b>
<b>Conclusão.....</b>	<b>135</b>
Bibliografia .....	136
Web grafia.....	140
Jurisprudência nacional.....	140
Jurisprudência do Court of Appeal of England and Wales.....	140



*“Better something of justice than nothing(...). I should rather even slovenly justice than the absolute, peremptory, and inflexible denial of all justice.”.*

*Lord Brougham LC, citado por Andrews, Neil, Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation; 2ª edição, Cambridge: Intersentia, 2019, 60*



## Introdução

O Direito Processual Civil representa um mar turbulento de questões, problemas, conflitos e batalhas ainda a serem travadas. No entanto, ao longo do percurso académico que nos trouxe até aqui, sempre fomos cativados pela problemática da prova.

Para o estudo em causa, escolhemos o tema da produção antecipada da prova porque nos deparámos com soluções bastantes diferentes das adotadas pelo nosso ordenamento jurídico. Soluções essas que decidimos aprofundar através deste trabalho quer pela novidade que para nós representaram, quer pelas vantagens que exibem. Vantagens que, digamos em jeito de conclusão antecipada, não são aproveitadas pelo processo civil português.

A prova é a “*atividade desenvolvida em juízo no sentido do convencimento do julgador da realidade de um facto*”<sup>1</sup>, e segundo o artigo 341.º do Código Civil tem a “*função de demonstração da realidade dos factos*”<sup>2</sup>. Destarte, a produção de prova, em qualquer ação cível, é o momento relevante para a formação da convicção do juiz. Resta saber se será esta a única função da prova.

Fala-se em produção antecipada de prova quando ela é produzida antes do momento processualmente adequado<sup>3</sup>. Este momento verifica-se na fase de instrução, que é definida, por J.P. REMÉDIO MARQUES, como “*a fase processual que traduz a sequência de atos processuais destinados a trazer ao processo os meios de prova que aí serão reproduzidos*”<sup>4</sup>. Em Portugal, a fase de instrução integra a audiência final e na generalidade dos regimes processuais civis ocorre num momento postergado do processo. No entanto, existem situações em que esperar por esse momento pode pôr em causa a subsistência da própria prova.

O Código do Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, na versão consagrada pela Lei n.º 55/2021, de 13/08, que procedeu à 11.º alteração daquele diploma, consagra, entre nós, para estas situações a produção antecipada de prova nos artigos 419.º e 420.º, prevendo que a prova possa ser produzida antecipadamente noutra fase do processo ou mesmo antes de a ação ser intentada. Porém, no sistema português, só se pode

---

<sup>1</sup> PIMENTA, Paulo; *Processo Civil Declarativo*; 3.ª edição, reimpressão, Almedina, 2021, 382

<sup>2</sup> Artigo 341.º do Código Civil

<sup>3</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 2.ª edição, Almedina, 2019, 231

<sup>4</sup> REMÉDIO MARQUES, J.P.; *Ação declarativa à luz do código revisto*; 3.ª Edição, Coimbra Editora, 557-558

recorrer a este instituto quando exista fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a produção de prova no momento adequado – exige-se, assim, a alegação e a demonstração do *periculum in mora* – e apenas para os meios de prova especificados na lei (depoimentos de parte ou de testemunha, perícias e inspeções), ficando assim bastante limitado o seu âmbito de aplicação.

No entanto, outros sistemas reconhecem neste instituto diversas finalidades para além da prevenção de um risco de perecimento<sup>5</sup>, nomeadamente, evitar o próprio processo, seja pela formação da convicção das próprias partes de que a sua pretensão não tem fundamento, seja pela promoção do recurso a meios alternativos de resolução de litígios, ou, nos casos em que o processo não possa ser evitado, pelo menos delimitá-lo, antes da sua propositura, tornando-o mais eficiente.

Nestes sistemas, como é o caso dos sistemas brasileiro e inglês<sup>6</sup>, que vamos estudar no decorrer desta dissertação, a antecipação da atividade probatória assume uma significativa relevância na prevenção de processos judiciais e na promoção da resolução extrajudicial de litígios.

O sistema processual civil do Brasil, que consagra nos artigos 381.º a 383.º do Código de Processo Civil de 2015 (doravante CPC brasileiro) um direito autónomo à prova, permite a antecipação da mesma sem qualquer requisito de urgência e com abertura a qualquer meio de prova. Este instituto é, aqui, um processo judicial que pressupõe a proposição de uma ação autónoma de antecipação de prova e que procura efetivar aquele direito.

Também o ordenamento inglês aceita a antecipação da atividade probatória através de dois institutos: por um lado, existem os “*pre-action protocols*” e o regime das “*practice directions*” e, por outro lado, existe a “*pre-action disclosure*”. Estes institutos promovem uma troca antecipada da prova documental entre as partes de um futuro e eventual litígio que, em primeira linha, se tenta prevenir. Também não existe, em nenhum destes institutos, um requisito de urgência.

Apesar de possuírem enquadramentos bastante diferentes, estes dois sistemas identificam vantagens na antecipação da atividade probatória que ainda não são, por cá,

---

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil – Volume 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 307

<sup>6</sup> Falaremos, para simplificar, em sistema inglês quando, na verdade nos referimos ao sistema de Inglaterra e do País de Gales. A legislação e os tribunais são conjuntos.

reconhecidas. Assim, cumpre estudar estes ordenamentos jurídicos, perceber quais são estas vantagens, de onde surgiram, quais as desvantagens que acarretam e em que medida podem influenciar e melhorar o sistema processual civil português.

## Capítulo I – O instituto da antecipação de prova no Brasil

O CPC brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, cuja última alteração foi procedida pela Lei n.º 14.195, de 26 de agosto de 2021, consagra, nos seus artigos 381.º e seguintes, o instituto da produção antecipada de prova em moldes que, apesar de inspirados nos métodos utilizados pelos países da “*common law*”, como o Reino Unido ou os Estados Unidos da América<sup>7</sup>, são, na verdade, bastante próprios e peculiares. Precisamente por esta razão, consideramos indispensável debruçarmo-nos sobre a forma como este instituto está previsto, desde 2015, naquele código.

Aqueles artigos, sistematizados na secção II (Da produção antecipada da prova) do capítulo XII (Das provas) do CPC brasileiro, ao consagrarem a produção antecipada de prova sem necessidade de verificação de *periculum in mora*, ou seja, desvinculada do requisito de urgência<sup>8</sup>, “*representam um dos avanços mais paradigmáticos do novo Código de Processo Civil*”<sup>9</sup>.

Na ação de produção antecipada de prova requer-se que a prova seja produzida num momento anterior àquele que seria processualmente indicado, afirmando-se assim o direito à produção de uma determinada prova. Esta ação visa o reconhecimento do direito autónomo à prova, direito este que se realiza através da recolha da prova num processo tipicamente de jurisdição voluntária<sup>10</sup>.

O direito autónomo à prova, que se pretende efetivar nestas ações, consiste no direito de procurar e obter a prova de determinado facto, permitindo que todas as partes interessadas avaliem as suas hipóteses de êxito na lide, podendo, assim, cada parte decidir de forma responsável e esclarecida, se prossegue com uma ação para tribunal, se desiste da

---

<sup>7</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”; *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Ferreira, Marco Félix Jobim; Salvador: JusPodivm, 2015, 483

<sup>8</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago, “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 481 - 482

<sup>9</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago, “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 481

<sup>10</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*; vol. 2, 11.ª edição revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivm, 2016, 141

sua pretensão ou se tenta a pacificação do conflito através de meios alternativos de resolução de litígios<sup>11</sup>.

A produção antecipada de prova traduz-se, atualmente, numa ação que visa a efetivação deste direito, perdendo, assim, a sua natureza cautelar<sup>12</sup>.

## 1. O regime anterior à alteração legislativa de 2015

Antes da entrada em vigor do CPC brasileiro, este ordenamento jurídico consagrava a produção antecipada de prova em termos semelhantes àqueles em que, ainda hoje, o mesmo instituto é previsto em Portugal, ou seja, apenas era legítimo recorrer a este mecanismo para produzir prova com o objetivo de a utilizar num processo futuro concreto e sempre com fundamento no *periculum in mora*, por existir o sério risco de a prova ser impossível ou muito difícil de produzir no momento processualmente adequado<sup>13</sup>.

Por outras palavras, o instituto previsto nos artigos 846.º a 849.º do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (doravante CPC/73) exigia a alegação e demonstração do fundado receio de perda de oportunidade de produção da prova ou desta se tornar difícil ou impossível para a verificação de determinados factos, antes ou no decorrer da ação concreta e futura, dita principal. O único objetivo da produção antecipada de prova seria proteger e conservar determinada prova para que ela pudesse ser, depois, válida e eficazmente utilizada num determinado processo futuro<sup>14</sup>, onde seria discutido um direito material controvertido.

No CPC/73, a produção antecipada de prova parecia ter sempre carácter instrumental e cautelar,<sup>15</sup> uma vez que era uma medida sempre com carácter acessório e complementar relativamente a uma ação principal, da qual não poderia ser independente. De facto, o objetivo era somente proteger a utilidade da decisão proferida naquela ação principal, cabendo sempre ao autor demonstrar o *periculum in mora*.

---

<sup>11</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 3.º edição revista, atualizada e ampliada, Salvador: JusPodvim, 2020, 150

<sup>12</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 150

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, colab. Theodoro Neto, Humberto; Mello, Adriana Mandim Theodoro de; Theodoro, Ana Vitória Mandim; 20.º edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 1030

<sup>14</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”; In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim; Salvador: JusPodvim, 2015, 467- 468

<sup>15</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim; Salvador: JusPodvim, 2015, 457

A natureza cautelar deste instituto era, contudo, contestada por alguma doutrina brasileira, como *infra* se explorará<sup>16</sup>.

O carácter instrumental da antecipação da prova no CPC/73, por outro lado, era indiscutível<sup>17</sup>, uma vez que o instituto estava vinculado, de forma direta e imediata, a um processo, que podia já estar a correr ou vir ainda a ser iniciado, revelando-se um mecanismo de introdução e fixação de elementos probatórios naquele processo<sup>18</sup>. Elementos esses que, sem a produção antecipada de prova, poderiam perecer perante o decurso do tempo, não sendo trazidos à ação principal.

Aqui, o juiz era, de facto, o único destinatário da prova, uma vez que o único objetivo seria convencer o juiz acerca de factos controvertidos numa outra ação presente ou futura. Apesar disto, a função do juiz neste instituto revelava-se bastante limitada, tendo apenas a incumbência de dirigir o processo, praticando atos meramente ordenadores, sem efetuar qualquer juízo de valoração da prova ou qualquer decisão de direito material.<sup>19</sup> Nas palavras de ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES, “*O juiz limita-se a atuar como responsável pelo curso do processo em ordem certa e legal, com função de mero documentador, sem nada julgar ou decidir.*”<sup>20</sup>.

Apesar de ser requerida em procedimento autónomo, à parte interessada eram impostas duas obrigações: demonstrar o seu interesse na obtenção da prova requerida a utilizar no processo futuro e principal e indicar especificamente qual o direito que se pretendia fazer valer nesse processo<sup>21</sup>.

Assim, considerando as características da produção antecipada de prova no CPC/73, exigia-se a justificação sumária da necessidade da antecipação da prova, com o objetivo de combater questões que pudessem surgir de forma controvertida na ação principal<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 468-469.

<sup>17</sup> Indiscutível no sentido de que a sua existência era unanimemente aceite, mas não no sentido dessa exigência não ser criticada, uma vez que, como veremos, era.

<sup>18</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 468-469

<sup>19</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 468-469

<sup>20</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 469

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 310

<sup>22</sup> <sup>22</sup> ALVES, André Bruni Vieira “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 468

Existia, também, o direito a contestar, desde que a contestação se limitasse ao cabimento da medida e às questões processuais relativas a pressupostos processuais e condições da ação<sup>23</sup>. Este direito mantém-se no instituto de produção antecipada de prova atualmente previsto no CPC brasileiro.

### **1.1. A posição da doutrina brasileira perante o instituto de antecipação de prova regulado no CPC/73**

Apesar de o CPC/73 regular a produção antecipada de prova no capítulo respeitante às providências cautelares específicas, como já se teve oportunidade de referir, não era consensual na doutrina brasileira o carácter cautelar, pelo menos de matriz típica, da produção antecipada de prova. Por outro lado, ainda no sistema em vigor ao abrigo do CPC/73, alguma doutrina defendia já as chamadas ações probatórias autónomas, ou seja, as ações de produção antecipada de prova sem o requisito de urgência<sup>24</sup>.

DANIEL AMORIM ASSUNÇÃO NEVES defendeu, na sua tese de doutoramento, em 2006, existirem já, no ordenamento jurídico vigente à data, algumas modalidades de ações probatórias autónomas, mas postulando sempre por uma previsão legal expressa que permitisse o exercício do direito à prova como fundamento único de uma demanda judicial probatória, concluindo pela necessidade de criação de um instituto similar ao que hoje conhecemos<sup>25</sup>.

Por sua vez, FLÁVIO LUIZ YARSHELL defendia a necessidade de alterar a conceção segundo a qual a prova tem carácter exclusivamente instrumental e o entendimento tradicional de que esta estava sempre e unicamente vinculada à formação da convicção do juiz. O autor defendia um direito autónomo à prova que não estivesse diretamente associado à declaração de um direito material numa ação concreta. Este direito autónomo à prova não estaria necessariamente vinculado à formação da convicção do juiz, mas teria o objetivo de esclarecer factos que pudessem auxiliar os interessados na decisão de propor, ou não,

---

<sup>23</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 468

<sup>24</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 467-469

<sup>25</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 469-470

determinada ação, com o objetivo de incentivar o recurso a meios alternativos de resolução de litígios ou a desistência precoce de um litígio infundado<sup>26</sup>.

Este autor distinguia entre “direito de provar” e “direito à prova”. O “direito de provar” traduzir-se-ia num corolário dos direitos de ação e defesa, estando intrinsecamente ligado ao emprego de todos os meios necessários à demonstração da verdade dos factos num concreto processo, onde se almeja a declaração de um direito material, e, também, ao direito de participar ativamente na formação da convicção do juiz (direito à indicação, especificação, produção e adequada valoração da prova)<sup>27</sup>. Assim, o direito de provar é indissociável de um processo que não visa, apenas, produzir prova, mas, antes, está intimamente ligado à declaração de um direito pela sentença. Aqui, a figura do juiz assume a posição preponderante, não se vislumbrando a produção de prova *per si*<sup>28</sup>.

Por outro lado, o “direito à prova” não estaria ligado a um processo judicial especificado em que se discute uma qualquer questão fática, mas antes a um direito à produção de determinada prova, recorrendo ao Estado para a prática de um ato que se inicia e que termina naquela produção de prova<sup>29</sup>. Assim, e citando YARSHELL, este direito à prova traduz-se no “*direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução*”<sup>30</sup>. Este direito à prova não seria um corolário dos direitos de ação e defesa, traduzindo-se, pelo contrário, num direito autónomo não articulado com um processo específico, mas com os factos que devam ser objeto de prova<sup>31</sup>.

Este direito não está diretamente relacionado com o direito de requerer a prova, a sua admissão, produção ou valoração, mas, antes, traduz-se no direito de procurar a prova e ter acesso a ela. Fala-se, aqui, num direito autónomo à prova,<sup>32</sup> cujo objetivo é proporcionar

---

<sup>26</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 470

<sup>27</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 470.

<sup>28</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 454

<sup>29</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 454-455

<sup>30</sup> YARSHELL, Flávio Luiz; “Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autónomo à prova”; São Paulo: Malheiros, 2009, 211 *apud* CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 455

<sup>31</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 470

<sup>32</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 482

aos interessados os elementos essenciais para decidir pela necessidade – ou ausência dela – de intentar uma ação nos tribunais, bem como para permitir o recurso a meios alternativos de resolução de litígios, e que se esgota na produção de prova. Nesta dimensão da prova, a posição preponderante pertence, notoriamente, aos interessados<sup>33</sup>.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL conclui que a prova tem como destinatário o juiz, mas não apenas este. Na verdade, a prova dirige-se, também, às partes, uma vez que a produção antecipada da prova pode determinar o comportamento das partes em juízo ou mesmo antes dele. Assim, as partes teriam o direito à prova, que não se confunde com o direito de provar, e onde a parte é a principal destinatária da prova, para que possa, de forma mais consciente e informada, decidir sobre a pertinência da propositura ou não da ação, bem como sobre o recurso a meios alternativos de resolução de litígios, evitando-se, assim, diversas ações judiciais sem fundamento<sup>34</sup>.

No polo oposto, o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro chegou a defender a conceção segundo a qual a produção de prova se destina exclusivamente ao juiz. Assim, a prova produzia-se na medida em que o juiz a considerasse necessária para o seu convencimento, ficando legitimado o automático indeferimento da prova<sup>35</sup>.

Destarte, ficavam nítidas as posições de cada sujeito processual: às partes cumpria alegar e provar os factos; ao juiz, e apenas a ele, cabia a interpretação do direito, sendo por isso dele a decisão sobre aquilo que devia ou não ser provado<sup>36</sup>.

Esta posição do Supremo Tribunal de Justiça brasileiro baseava-se na conjugação dos artigos 130.<sup>o37</sup> e 131.<sup>o38</sup>, ambos do CPC/73, tendo origem numa confusão entre ao conceitos de valoração e de admissibilidade da prova, e foi ultrapassada pelas normas do atual CPC brasileiro<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 455

<sup>34</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”, 471

<sup>35</sup> LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa, “O juiz como único destinatário da prova (?)”, In: *Grandes temas do Novo CPC, v. 5: Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim; Salvador: JusPodivm, 2015, 92

<sup>36</sup> LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa, “O juiz como único destinatário da prova (?)”, 92

<sup>37</sup> “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente proleptórias” (artigo 130.<sup>o</sup> do CPC/73).

<sup>38</sup> “O juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (artigo 131.<sup>o</sup> do CPC/73)

<sup>39</sup> LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa, “O juiz como único destinatário da prova (?)”, 97

De facto, o juiz não é, nem pode ser considerado o único destinatário da prova, isto porque a produção de prova tem um âmbito de aplicação muito mais extenso do que a exclusiva convicção do juiz. O processo civil, num Estado de Direito Constitucional, tem por função dar resposta, não só à concreta questão suscitada em litígio, mas também às preocupações de toda a comunidade<sup>40</sup>.

Atualmente, aquela conceção está ultrapassada, sendo aceite que as partes são, também, destinatários da prova. Exemplo disso é a consagração da produção antecipada de prova fora dos casos de urgência<sup>41</sup>.

FREDIE DIDIER JR., por seu lado, defendia, já na vigência do CPC/73, que tanto a produção de prova como a justificação não tinham natureza tipicamente cautelar e nem sempre exigiam a demonstração do *periculum in mora*. Estas ações probatórias eram, defendia o autor, concretizações do direito autónomo à prova<sup>42</sup>.

O seu entendimento vai de encontro ao pensamento de FLÁVIO LUIZ YARSHELL e da sua distinção entre “direito de provar” e “direito à prova”. Concebendo, por um lado, o direito de provar, vinculado a um processo, e, por outro, o direito autónomo à prova, que não é instrumentalizado no âmbito de nenhum processo, nem deste necessitando para ser exercido<sup>43</sup>, DIDIER JR. distinguia duas situações.

Por um lado, a antecipação de prova fundada no *periculum in mora* e instrumentalizada em favor do futuro processo principal teria natureza cautelar, traduzindo-se no exercício do direito de provar como corolário dos direitos de ação e de defesa. Esta era a hipótese prevista nos artigos 847.º e 849.º do CPC/73<sup>44</sup>.

Por outro lado, sempre que a produção de prova visasse apenas a descoberta, o esclarecimento e o registo de factos, desvinculada de qualquer urgência, estaríamos perante a concretização do direito autónomo à prova. Neste caso, a valoração da prova competia às partes e não ao juiz, pois aquelas é que decidiriam pela necessidade de intentar a futura e, por isso mesmo, eventual ação<sup>45</sup>. Nestas situações pode falar-se num “*direito à busca e à*

---

<sup>40</sup> LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa, “O juiz como único destinatário da prova (?)”, . 101-102

<sup>41</sup> LOPES, João Batista, “Direito à Prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença”, In: *Grandes temas do Novo CPC, v. 5: Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim; Salvador: JusPodivm, 2015, 50

<sup>42</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 459

<sup>43</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 459

<sup>44</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 459

<sup>45</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 459-460

*pré-constituição da prova, mesmo fora das hipóteses de urgência e sem vínculo direto e necessário com a declaração do direito no caso concreto*”<sup>46</sup>. Esta era a posição de FREDIE DIDIER JR. perante o CPC/73, numa perspectiva visionária que muito se assemelha à atual previsão legal.

Este autor recusava, conseqüentemente, que o destinatário da prova fosse exclusivamente o juiz, defendendo que a prova se destina também às partes, uma vez que são apenas elas quem valora a prova quando a sua produção antecipada visa evitar a propositura de uma ação judicial ou incentivar o recurso a meios alternativos de resolução de litígios<sup>47</sup>.

A introdução no CPC brasileiro dos preceitos que permitem o recurso à antecipação de prova sem o requisito de urgência traduz-se na aceitação, por parte do novo código, da tese da existência de um direito autônomo à prova<sup>48</sup>.

## **1.2. Principais alterações introduzidas pelo legislador brasileiro em 2015**

A regulação deste instituto no CPC/73 previa expressamente, no seu artigo 846.º, as provas que podiam ser antecipadas. Atualmente, essa previsão taxativa deixou de existir, tornando-se o instituto mais amplo e permitindo a sua adequação à problemática em causa e às provas a produzir<sup>49</sup>.

Pode recorrer-se a estas ações para assegurar qualquer meio de prova, conforme prescreve o § 3.º do artigo 382.º do CPC brasileiro, podendo o pedido que dá início a este tipo de ações dirigir-se a vários meios de prova em simultâneo<sup>50</sup>.

No antigo código estavam previstas três ações probatórias: a produção antecipada de prova, fundamentada no *periculum in mora* e restrita às provas oral e pericial; a justificação, que não exigia o requisito de urgência e estava restrita à prova testemunhal; e a

---

<sup>46</sup> YARSHELL, Flávio Luiz; *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova*; São Paulo: Malheiros, 2009, 241 *apud* CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 460

<sup>47</sup> ALVES, André Bruni Vieira, Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”, 471

<sup>48</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 460

<sup>49</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, , 2017, 519

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 497

ação de exibição de documentos, que era prevista no rol de meios de prova e como ação de natureza cautelar<sup>51</sup>.

Atualmente, o CPC brasileiro prevê um único procedimento originado pela unificação dos institutos da produção antecipada de prova e da justificação, previstos no CPC/73. Através deste novo procedimento, é possível a produção antecipada de qualquer prova, sem necessidade de estar verificado o requisito de urgência<sup>52</sup>.

Para além disso, o CPC brasileiro continua a prever a ação de exibição de documentos ou coisa, no entanto, admite-a apenas no rol dos meios de prova, eliminando a ação de exibição de documentos com natureza cautelar<sup>53</sup>.

## 2. Os artigos 381.º a 383.º do CPC brasileiro

O direito à produção de prova tem autossuficiência para ser objeto de um processo independente: a ação probatória autónoma, cujo único objetivo é a produção de determinada prova,<sup>54</sup> e onde se pretende a afirmação do direito à produção de prova<sup>55</sup>.

A produção antecipada de prova, enquanto ação de natureza cautelar, deixou de estar prevista no CPC brasileiro, traduzindo-se, atualmente, numa ação autónoma, não sendo necessário comprovar o *periculum in mora* para a aplicação deste instituto<sup>56</sup>.

Atualmente, através dos artigos 381.º a 383.º do CPC brasileiro, pode intentar uma ação para a produção antecipada de prova qualquer pessoa que tenha interesse jurídico na recolha dessa prova, seja para utilizar num processo futuro, seja para utilizar como fundamento elucidado da decisão de propor ou não um ação, seja, ainda, para procurar uma solução extrajudicial para o conflito. Já não se exige, sequer, ao interessado que indique o direito que pretende fazer valer na ação futura, que pode nem chegar a existir. Apenas é

---

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie, “Produção Antecipada da Prova”, 494

<sup>52</sup> DIDIER JR., Fredie, “Produção Antecipada da Prova”, 494

<sup>53</sup> DIDIER JR., Fredie, “Produção Antecipada da Prova”, 494

<sup>54</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; “Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”, 47

<sup>55</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; “Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”, 141

<sup>56</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: JusPodivm, 2016, 672

necessário alegar um dos motivos previstos no artigo 381.º do CPC brasileiro, independentemente da existência de uma ação futura e eventual<sup>57</sup>.

Os artigos 381.º e seguintes do CPC brasileiro consagram um entendimento doutrinário que, como foi já referido, era defendido entre alguns autores brasileiro há já algum tempo: a existência de um direito autónomo à prova, desvinculado quer do requisito de urgência, quer da valoração da prova pelo juiz, privilegiando a resolução dos litígios através de meios extrajudiciais. Perante este direito, a valoração da prova e o alcance de uma solução justa para o litígio passa, também, a ser função das partes<sup>58</sup>.

No Brasil, o direito à prova é considerado um direito fundamental, uma vez que é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva<sup>59</sup>.

Por força da constitucionalização do processo civil, a prova passou a ser encarada como um verdadeiro direito e, até, como uma garantia constitucional, sendo, atualmente, aceite a teoria de que o direito à prova se traduz num direito com consagração constitucional<sup>60</sup>.

Nas palavras de FREDIE DIDIER JR.: *“O direito à prova é um direito fundamental de conteúdo complexo. Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.*

*O direito à produção da prova (b) compõe o núcleo do direito à prova.”*<sup>61</sup>.

Quanto ao direito exposto na alínea b), EDUARDO CAMBI afirma que a sua finalidade é o alcance de uma tutela jurisdicional justa, por isso, deve sempre primar-se pela efetividade desse direito, esclarecendo que: *“a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”*<sup>62</sup>, para que,

---

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 310

<sup>58</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 481-482

<sup>59</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 453

<sup>60</sup> LOPES, João Batista, “Direito à Prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença”, 50

<sup>61</sup> DIDIER JR., Fredie, “Produção Antecipada da Prova”, 493

<sup>62</sup> CAMBI, Eduardo; *Direito constitucional à prova*; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 170 *apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; “Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”, 47

assim, possam influir na formação da convicção do juiz. Devem, portanto, ser assegurados todos os meios de prova imprescindíveis para a demonstração dos factos<sup>63</sup>.

No entanto, este direito fundamental, tal como todos os direitos, não têm carácter absoluto. Ele deve ser limitado, de forma excepcional, quando colida com outros direitos constitucionalmente consagrados, nomeadamente e considerando que o direito à participação na produção de prova é, no fundo, uma garantia do princípio do contraditório, não se pode admitir a prova produzida secretamente nem se permite a utilização de uma prova contra quem não participou na sua produção<sup>64</sup>.

Atualmente, opta-se pela proteção do direito à prova, recusando-se a perspetiva segundo a qual o juiz é o único destinatário da prova<sup>65</sup>.

O direito à prova, conforme consagrado no CPC brasileiro, cumprindo as regras processuais estabelecidas, bem como os princípios fundamentais do processo civil, pode ser decisivo na descoberta da verdade<sup>66</sup>.

## **2.1. O regime dos artigos 381.º e 382.º do CPC brasileiro**

No CPC brasileiro são regulados, sob o mote “antecipação de prova”, casos em que se continua a exigir o requisito de urgência (artigo 381.º, inciso I, do CPC brasileiro) juntamente com casos em que se admite a produção de prova como meio para esclarecer a conveniência da propositura da ação ou, até, do recurso a meios alternativos de resolução de litígios (artigo 381.º, incisos II e III, do CPC brasileiro)<sup>67</sup>.

No sistema brasileiro, a produção antecipada de prova pode ser requerida tanto pelo autor como pelo réu de uma ação eventual e futura, independentemente da natureza dessa ação. Pode, ainda, ser requerida apenas para certificar judicialmente a ocorrência de determinado facto<sup>68</sup>.

Apesar da acrescida amplitude que este instituto possui atualmente, a sua utilização não deixa de estar sujeita aos requisitos previstos nos incisos I, II e III do artigo 381.º do

---

<sup>63</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; “Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”, 47

<sup>64</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; “Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”, 47

<sup>65</sup> LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa, “O juiz como único destinatário da prova (?)”, 101

<sup>66</sup> LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa, “O juiz como único destinatário da prova (?)”, 101

<sup>67</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, 1030

<sup>68</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, 1030

CPC brasileiro, onde se pode ler: “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

*I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;*

*II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;*

*III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.”<sup>69</sup>.*

Segundo o artigo 382.º do CPC brasileiro, cabe ao autor expor na petição inicial os factos que fundamentam a necessidade de antecipar a produção de prova, bem como os factos concretos sobre os quais a prova recairá, não sendo necessária, no entanto, a indicação do direito material que se pretende fazer valer no futuro e eventual processo judicial<sup>70</sup>. Esta será a causa de pedir da ação probatória autónoma<sup>71</sup>.

Com base no princípio da celeridade processual, o demandante deve indicar, logo na petição inicial, as testemunhas, no caso de requerer a produção de prova testemunhal, ou, caso requeira prova pericial, a formulação dos quesitos periciais e o assistente técnico<sup>72</sup>. Esta exigência decorre da simplicidade do procedimento de produção antecipada de prova, que se reduz, praticamente, à produção de prova<sup>73</sup>.

Analisando o artigo 381.º do CPC brasileiro, conclui-se que, apesar de poder ter ou não carácter cautelar, a produção antecipada de prova é sempre uma ação autónoma. Isto significa que a petição inicial deve respeitar, não só as exigências do artigo 382.º do CPC brasileiro, mas também os requisitos gerais exigidos para qualquer petição inicial, previstos no artigo 319.º do CPC brasileiro<sup>74</sup>.

Torna-se necessário analisar esta questão com alguma atenção. Por um lado, o preenchimento destes requisitos é essencial para que o juiz possa analisar o interesse em agir do autor. Por outro lado, a invocação dos factos deve ser apreciada casuisticamente e com alguma cautela, conforme adverte DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES. Isto porque,

---

<sup>69</sup> Artigo 381.º do CPC brasileiro

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 495-496.

<sup>71</sup> DIDIER JR., Fredie, “Produção Antecipada da Prova”, 495

<sup>72</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 675

<sup>73</sup> DIDIER JR., Fredie, “Produção Antecipada da Prova”, 496

<sup>74</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 675-676

nestas ações, nem sempre a invocação dos factos pode ser realizada de forma completa e clara, uma vez que, em muitos casos, o objetivo da ação é mesmo a clarificação dos próprios factos, sendo, por isso, natural a sua invocação carecer de todos os requisitos exigidos numa ação comum<sup>75</sup>. Na opinião daquele autor, nestes casos, “*bastará a indicação da situação fática que se busca esclarecer com a produção probatória*”<sup>76</sup>.

Perante as hipóteses do inciso I do artigo 381.º do CPC brasileiro, o requerente deve demonstrar que existe efetivo perigo de impossibilidade de produção da prova no momento processualmente adequado<sup>77</sup>. O fundamento de aplicação desta norma reside no receio de que não seja possível a demonstração de factos relevantes para a causa no momento adequado do processo, por a prova já não poder ser produzida<sup>78</sup>. Isto porque, qualquer ação judicial demora um, ainda considerável, período de tempo e, tendencialmente, a produção de prova ocorre numa fase tardia do processo, podendo perigar a possibilidade de demonstrar certos factos, pelo decurso do tempo.

Esta é a tradicional situação que justificava a produção antecipada de prova no CPC/73 e que serve, ainda hoje, como único fundamento à produção antecipada de prova em Portugal: o risco de a prova não poder ser produzida no momento processualmente adequado<sup>79</sup>.

Desta forma, apesar de ter perdido a sua natureza cautelar, o primeiro inciso do artigo 381.º do CPC brasileiro continua a consagrar o *periculum in mora* próprio das ações cautelares como um dos requisitos para a admissão de ações probatórias<sup>80</sup>.

Aqui não se pretende satisfazer o direito à prova, de forma autónoma. Pretende-se, antes, conservar o direito material que será posteriormente julgado num processo futuro e eventual<sup>81</sup>. Nas palavras de ADRIANO CALDAS e MARCO FÉLIX JOBIM, nestes casos “*preserva-se determinada faculdade probatória que servirá de conduto à futura realização do direito material*”.<sup>82</sup>

---

<sup>75</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 676

<sup>76</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 676

<sup>77</sup> Por exemplo, se a testemunha estiver gravemente doente, e em risco de falecer ou se os vestígios alvo da perícia correrem o risco de desaparecer. (BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 153)

<sup>78</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 519

<sup>79</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 496

<sup>80</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 672

<sup>81</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 460-461

<sup>82</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 460-461

Até aqui, o CPC brasileiro não apresentou nenhuma novidade. A grande inovação deste código pode ver-se nos incisos II e III<sup>83</sup>, cujo objetivo é evitar a resolução judicial do conflito<sup>84</sup>.

### **2.1.1. A consagração do direito autónomo à prova – os incisos II e III do artigo 381.º do CPC brasileiro**

A situação regulada no inciso II do artigo 381.º do CPC brasileiro, relaciona-se com a possibilidade de resolução consensual do litígio, devendo o seu requerente demonstrar que a produção antecipada de prova tornará viável o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos<sup>85</sup>, seja através de conciliação, mediação ou mesmo arbitragem<sup>86</sup>, não se pressupondo a urgência, muito menos o risco de que a prova não possa ser produzida no momento processualmente adequado<sup>87</sup>.

Este normativo é uma concretização da tese de que o juiz não é o único destinatário da prova. A prova também se dirige às partes (no caso do inciso II, diríamos até que a prova se destina exclusivamente às partes), permitindo que estas formem a sua convicção sobre a sua posição no litígio e, conseqüentemente, decidam as estratégias (extra)processuais que consideram mais adequadas<sup>88</sup>.

DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES citando a sua tese de doutoramento, refere que: “A ação meramente probatória teria importante papel na otimização das conciliações, considerando-se que, diante de uma definição da situação fática, os sujeitos envolvidos no conflito teriam maiores condições de chegar a uma autocomposição. A indefinição fática muitas vezes impede a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem”<sup>89</sup>.

O mesmo autor considera que este inciso, na redação atual, torna a produção antecipada de prova admissível em qualquer situação, uma vez que ao interessado basta

---

<sup>83</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 461

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 309

<sup>85</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 519-520

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 309

<sup>87</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 496

<sup>88</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 496

<sup>89</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 672

alegar que a produção de determinada prova poderá auxiliar o recurso a meios alternativos de resolução de litígio<sup>90</sup>.

Não concordamos, no entanto, com esta afirmação, uma vez que considerarmos que o requerente deste instituto deve demonstrar, na petição inicial, a relação entre a prova requerida e o conflito que se pretende dirimir através dos meios alternativos de resolução de litígios, sendo a alegação deste conflito essencial para a aplicação da ação probatória. Neste sentido vão, igualmente, os autores FRANCISCO DE MESQUITA LAUX e DANIEL COLNAGO RODRIGUES<sup>91</sup>.

A resolução do conflito através da via consensual deve ser incentivada pelo próprio juiz, conforme prevê o próprio CPC brasileiro, no § 2.º do seu artigo 3.º<sup>92</sup>.

Por último, no inciso III do artigo 381.º do CPC brasileiro, o fundamento para recorrer à produção antecipada de prova baseia-se na possibilidade de evitar a propositura de uma ação futura e eventual, prevenindo-se, assim, o processo judicial e evitando-se a propositura de demandas sem fundamento<sup>93</sup>.

Nas palavras de FREDIE DIDIER JR.: *“Busca-se a produção antecipada da prova para que se possa obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa demanda seria inviável”*<sup>94</sup>.

O objetivo da ação de produção antecipada de prova, quando não for possível evitar o ajuizamento da ação, converte-se na preparação da ação principal, ou seja, a ação futura e eventual onde a prova será efetivamente valorada, permitindo assim a elaboração de uma petição inicial mais assertiva<sup>95</sup>.

Aqui, a produção antecipada de prova pode assumir uma forma de resolução de litígios, uma vez que, o requerente pode, perante a prova produzida, concluir pela falta de fundamento da sua pretensão, colocando assim termo ao litígio.

Este preceito constitui mais uma concretização da tese segundo a qual a prova se destina, também, às partes<sup>96</sup>.

---

<sup>90</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 672

<sup>91</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 488-489

<sup>92</sup> “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” (artigo 3.º do CPC brasileiro)

<sup>93</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 519-520

<sup>94</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 496

<sup>95</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 673

<sup>96</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 496

FRANCISCO DE MESQUITA LAUX e DANIEL COLNAGO RODRIGUES defendem que o inciso III integra, já, as hipóteses previstas no inciso II, uma vez que ao permitir o recurso a meios alternativos de resolução de litígio, a antecipação da prova permite evitar o ajuizamento da ação, considerando, conseqüentemente, o inciso II do artigo 381.º do CPC brasileiro despciendo<sup>97</sup>.

Não colhe esta interpretação, em nosso entender, uma vez que os dois incisos têm fundamentos e objetivos bem diferentes: o inciso II visa promover o recurso a meios alternativos de resolução de litígios, nomeadamente a autocomposição de questões controvertidas, sendo, por isso, bastante relevante a sua consagração expressa, enquanto o inciso III pretende, por um lado, dar hipótese às parte de elas próprias perceberem que não existe nenhum litígio ou, existindo, permite-lhes, por outro lado, limitar os termos desse litígio, permitindo uma ação eventual e futura muito mais assertiva e, por isso, muito mais eficiente.

O inciso III do artigo 381.º do CPC brasileiro permite aos interessados refletir e sistematizar a sua perspetiva sobre os factos que fundamentam a sua pretensão numa futura ação judicial, bem como sobre os riscos e os custos que envolvem a propositura de tal ação, evitando-se que os interessados iniciem um processo judicial para, só no seu termo, percecionarem adequadamente a sua pertinência<sup>98</sup>.

#### **2.1.1.1. O abandono da conceção de que a prova se dirige exclusivamente ao juiz**

A inovação trazida ao processo civil pelos incisos II e III do artigo 381.º do CPC brasileiro traduz-se na aceitação da tese de que a prova não se destina, em exclusivo, ao juiz. A prova tem, também, como finalidade contribuir para a formação da convicção das partes sobre os fundamentos das suas pretensões ou sobre a sua inexistência, potenciando a sua perceção sobre o sucesso ou insucesso de um eventual processo judicial futuro, e, ainda, viabilizar a solução extrajudicial de litígios<sup>99</sup>.

Antes de se apresentarem em tribunal, seja pelo polo ativo ou pelo passivo, e para além dos factos que alegam e das conseqüências jurídicas que lhes são atribuídas pelo

---

<sup>97</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 489

<sup>98</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 462

<sup>99</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 461

ordenamento jurídico, as partes devem analisar, também, os meios de que dispõem para demonstrar esses factos<sup>100</sup>.

Neste aspeto, a produção antecipada de prova assume uma função extremamente importante: indiciar às partes quais as suas hipóteses de êxito, auxiliando na determinação daquela que deverá ser a sua conduta processual ou, até, pré-processual<sup>101</sup>.

Se a prova se revelar insuficiente, a parte pode optar por não intentar a ação ou, quando esta esteja já em curso, dela desistir. Se, por outro lado, a prova for assertiva na demonstração de determinado facto, as partes podem resolver a controvérsia consensualmente<sup>102</sup>.

Assim se conclui que a prova, para além da sua determinante função na formação da convicção do juiz, tem também uma finalidade tão ou mais importante: permite uma correta formação da convicção das partes relativamente às suas pretensões jurídicas<sup>103</sup>.

Destarte, é essencial uma compreensão da prova como destinada diretamente não apenas ao juiz, mas também, e por vezes exclusivamente, às partes, uma vez que o resultado da atividade probatória pode alterar a resolução de um processo já instaurado ou determinar a desistência da sua instauração<sup>104</sup>.

Apesar de ser assim consagrado no sistema brasileiro, por cá as coisas são bastante diferentes. De facto, em Portugal, a prova continua dirigida apenas ao juiz e tem a mera função de contribuir para a formação da sua convicção. Segundo J.P. REMÉDIO MARQUES: “A prova é a demonstração da verdade ou da realidade dos factos alegados em juízo (...), no sentido em que se visa a formação da convicção ou do convencimento (obviamente subjetivo) do tribunal. (...) A prova visa assim criar no espírito do julgador a

---

<sup>100</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 56

<sup>101</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 56

<sup>102</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 56

<sup>103</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 57

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 57

*convicção psicológica (certeza subjetiva) da realidade de um facto assente na certeza relativa do mesmo.*”<sup>105</sup>.

Também PAULO PIMENTA partilha desta conceção, que é aliás, retirada do artigo 341.º do Código Civil português<sup>106</sup>, escrevendo assim: “*A prova é a atividade desenvolvida em juízo no sentido do convencimento do julgador da realidade de um facto.*”<sup>107</sup>. Isto tem, obviamente, reflexos na forma como a produção antecipada de prova é consagrada no nosso sistema: é apenas admitida nos casos em que existe o risco de ser impossível ou muito difícil produzir a prova na audiência de julgamento. A conformação deste instituto no sistema português será estudada e apreciada posteriormente no decorrer desta dissertação.

### **2.1.1.2. A natureza (não) cautelar da ação probatória**

Nos casos dos incisos II e III do artigo 381.º do CPC brasileiro, a produção de prova não tem natureza cautelar, concretizando, antes, o exercício do direito autónoma à prova, direito que se pretende efetivar, em detrimento do direito do direito material em litígio<sup>108</sup>.

A produção antecipada de prova nos termos atualmente previstos no CPC brasileiro, aliada ao direito constitucional à duração razoável do processo, contribui efetivamente para a diminuição do estrangulamento do sistema judiciário, garantindo uma maior efetividade da tutela jurisdicional<sup>109</sup>.

Com a previsão legislativa atual, a ação de produção antecipada de prova traduz-se numa ação preventiva: para além da produção de prova, visa também o esclarecimento dos factos que integram um dado direito controvertido numa fase processual antecipada, com o objetivo de, por um lado, incrementar a ponderação no momento de decisão sobre a propositura ou não de uma ação, evitando assim que se intentem ações desde início condenadas a improceder por falta de conhecimento cabal dos factos, e, por outro lado, incentivando o recurso a meios alternativos de resolução de litígios<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> REMÉDIO MARQUES, J.P.; *Ação declarativa à luz do código revisto*, 558-559

<sup>106</sup> “*As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos.*” (artigo 341.º do Código Civil).

<sup>107</sup> PIMENTA, Paulo; *Processo Civil Declarativo*, 382

<sup>108</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 461-462

<sup>109</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 462-463

<sup>110</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 466

A antecipação da produção de prova ao abrigo dos incisos II e III objetiva que a prova não chegue a ser conhecida na ação de discussão do direito material controvertido, uma vez que o eixo central deste instituto é a prevenção de litígios judiciais<sup>111</sup>.

O CPC brasileiro rompe, assim, com a tradição da antecipação da prova apenas com natureza cautelar e com o propósito de conservar a plena eficácia da prova a ser valorada numa ação futura, criando uma nova ação autónoma, com o objetivo de prevenir a futura e eventual ação de discussão do direito material, seja por promover a resolução de litígios através de meios alternativos, seja por permitir aos interessados uma melhor ponderação das circunstâncias concretas do litígio<sup>112</sup>.

Independentemente do resultado da ação probatória autónoma, e ao contrário do que sucede nos procedimentos cautelares, não existe a obrigatoriedade de intentar a ação principal. O interesse na propositura da ação, destinada a assegurar a prova, consiste na preservação do direito fundamental à prova, não criando qualquer limitação na esfera jurídica de quem quer que seja<sup>113</sup>. Não fazia, sequer, sentido, que existisse esta obrigação, uma vez que um dos objetivos desta ação é, exatamente, desincentivar o recurso aos tribunais perante demandas infundadas<sup>114</sup>.

Esta ação probatória visa, segundo LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO, “a proteção do direito fundamental à prova e, daí, a proteção do direito de ação, do direito de defesa e do direito ao processo justo”<sup>115</sup>. Apesar da sua inserção na secção designada “*Da Produção Antecipada da Prova*”, estes autores defendem que, verdadeiramente, a prova não chega a ser produzida, sendo assegurada, apenas, a possibilidade de produzir essa prova futuramente, uma vez que nestas ações não chega a existir valoração da prova pelo juiz, não se sabendo, sequer, se existirá um efetivo processo judicial onde a prova será devidamente valorada<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 309

<sup>112</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 466

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 498

<sup>114</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 495

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 495

<sup>116</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 495

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES não concorda com esta posição, entendendo que a produção de prova não encerra o procedimento probatório, existindo uma fase posterior que corresponde à valoração da prova pelo juiz<sup>117</sup>.

Este entendimento não significa que, por a prova não ser valorada pelo juiz, ela não tenha sido efetivamente produzida no processo de antecipação de prova. Significa, apenas, que ela não permitiu a formação da convicção do juiz sobre os factos alegados. Assim, mesmo que não seja valorada, a prova é, efetivamente, produzida, ficando a sua valoração entregue ao juiz do futuro e eventual processo judicial<sup>118</sup>.

Aproximamo-nos deste pensamento, defendendo, assim, que, apesar da prova não ser valorada pelo juiz, ela é efetivamente produzida nestas ações.

### **2.1.2. O tribunal competente para julgar as ações probatórias autónomas**

O tribunal competente para julgar estas ações está previsto no § 2.º do artigo 381.º do CPC brasileiro: “*A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.*”<sup>119</sup>. Estamos perante dois foros concorrentes, cabendo ao autor da ação probatória autónoma escolher aquele que mais lhe convém<sup>120</sup>. A escolha cabe em exclusivo ao autor, com exceção das ações de produção antecipada de prova sem carácter contencioso onde, por não existir réu, o único foro competente é o do local onde a prova deva ser recolhida<sup>121</sup>.

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES considera que esta se trata de uma infeliz opção por parte do legislador, já que defende que o local de produção da prova requerida devia ser o único foro competente, uma vez que a opção pelo domicílio do réu se traduzirá, muitas vezes, num processo tramitado através de carta precatória<sup>122</sup>.

Não obstante discordar da opção legal, o autor reconhece-lhe a validade devida, não aceitando, assim, a corrente doutrinária que defende que a aplicação do foro do domicílio do réu representa um foro excepcional, admitindo-o apenas quando a prova requerida se refere

---

<sup>117</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 456-457

<sup>118</sup> CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”, 456-457

<sup>119</sup> § 2.º do artigo 381.º do CPC brasileiro

<sup>120</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 673

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 309-310

<sup>122</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 673

ao depoimento pessoal do réu. Na prática, esta interpretação revogaria parcialmente a disposição legal<sup>123</sup>.

FREDIE DIDIER JR. defende que o CPC brasileiro, neste preceito, permite e prevê legalmente o *forum shopping*<sup>124</sup>.

Como forma de limitação deste preceito, e contrariando a opinião de DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES aquele autor defende que a escolha do juízo competente se deve pautar pelos princípios da competência adequada e da boa-fé processual. Nomeadamente, o referido autor invoca um exemplo em que a possibilidade de escolha do foro competente nem sequer faz sentido: quando se requer a produção antecipada de prova pericial relativa a um imóvel, num foro diferente do local de situação do bem<sup>125</sup>, isto traduz-se numa “*ação para pedir ao juízo a expedição de uma carta precatória, o que sob qualquer ponto de vista, inclusive a partir do princípio da eficiência, não faz sentido*”<sup>126</sup>.

Assim, este autor defende que o foro do domicílio do réu deve ser concebido como foro excepcional, adequado àqueles casos em que, por exemplo, a prova cuja antecipação se requer seja o depoimento de parte<sup>127</sup>.

Embora tenhamos que concordar com FREDIE DIDIER JR., relativamente à falta de justificação da escolha do foro competente nalguns casos, como por exemplo na perícia de um bem imóvel, defendemos, como DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES que, apesar de se tratar de uma infeliz opção do legislador, a mesma deve ser respeitada, uma vez que se trata de direito normativo vigente, não fazendo sentido conceber o foro do domicílio do réu como um foro excepcional.

Por outro lado, os autores LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO surgem em defesa do preceito legal, alegando que “*ambas as hipóteses favorecem a efetividade da medida, seja pela proximidade com a prova a ser tomada, seja por favorecer o contraditório do réu. Por isso, pode o autor eleger qual dos dois lugares é mais apropriado para este procedimento*”<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 673

<sup>124</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 498

<sup>125</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 498-499

<sup>126</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 498-499

<sup>127</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 499

<sup>128</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 309-310

O prescrito no §2.º do artigo 381.º, não obriga a que este tribunal seja o mesmo onde deve ser proposta a futura e eventual ação<sup>129</sup>, uma vez que é o próprio § 3.º do artigo 381.º do CPC brasileiro que refere “A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.”. Apesar desta correspondência ser conveniente<sup>130 131</sup>, a ação futura e eventual deve ser proposta segundo as regras gerais de competência, estabelecidas nos artigos 42.º e seguintes do CPC brasileiro<sup>132</sup>.

Se, no entanto, a produção antecipada de prova for requerida a título incidental no decorrer de um processo judicial, o tribunal competente será o mesmo que julga a ação principal<sup>133</sup>.

Por outro lado, se estivermos na presença de um convenção de arbitragem, a competência para julgar a ação de produção antecipada de prova cabe ao tribunal definido na convenção ou, não havendo acordo expresso relativamente ao tribunal competente, ao tribunal arbitral já instalado. A competência só recai sobre os tribunais judiciais quando, não existindo cláusula expressa relativa ao tribunal competente, não exista, também, tribunal arbitral já instalado. Nestes casos, a competência dos tribunais judiciais justifica-se no requisito de urgência, caso ele exista, ao abrigo do artigo 22.º-A, da Lei n.º 9/307/1996, ou no princípio da eficiência processual, quando o requisito de urgência não esteja verificado, uma vez que ativar o tribunal arbitral para julgar a produção antecipada de prova, onde não existe valoração da prova nem qualquer decisão de direito material (esta sim, competência dos tribunais arbitrais), se revelaria desproporcional<sup>134</sup>.

O CPC brasileiro, no § 4.º do artigo 381.º, prevê, ainda, que as ações de produção de prova, em que a competência para julgar a ação principal, futura e eventual, cumpra à jurisdição federal, possam ser instauradas nos juízos estaduais, desde que não exista um tribunal federal no local da produção de prova ou no domicílio do réu. Isto não pressupõe

---

<sup>129</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 496

<sup>130</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 496

<sup>131</sup> Se as duas ações – a ação de antecipação de produção de prova e a futura ação “principal” – correrem no mesmo foro, o juiz que julga a futura ação “principal” deve ser o mesmo que julgou a ação de produção antecipada de prova. (BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 152)

<sup>132</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 520

<sup>133</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 152

<sup>134</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 153

um problema de incompetência absoluta nos tribunais, uma vez que não existe, aqui, efetivo julgamento do mérito e que este sempre será julgado pelos tribunais federais<sup>135</sup>.

### 2.1.3. Os poderes do juiz nas ações probatórias autônomas

Nas ações de produção antecipada de prova os poderes do juiz são bastante limitados. De facto, o § 2.º do artigo 382.º do CPC brasileiro prescreve: “*O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.*”<sup>136</sup>. Assim, o juiz não pode, em nenhuma circunstância, valorar a prova. Não pode, também, incorrer em eventuais exclusões do dever de depor ou dispensar depoimento testemunhal sob a alegação de inexistência do dever de depor. O juiz não pode, ainda, recusar-se a recolher o depoimento de pessoas impedidas ou suspeitas de depor<sup>137</sup>.

Daqui decorre, por exemplo, a impossibilidade de acareação de testemunhas neste tipo de ações, uma vez que a acareação pressupõe a valoração do depoimento prestado<sup>138</sup>.

O juiz pode, no entanto, neste tipo de ações, recusar o depoimento testemunhal de pessoas incapazes, uma vez que o seu depoimento não é admissível<sup>139</sup>, e pode, também, e deve, observar os limites impostos pela legalidade dos meios de prova, bem como a (in)existência da relevância jurídica na produção da prova requerida<sup>140</sup>.

Assim, estamos perante uma ação que se esgota na produção de prova *per se*, ou seja, não se pretende o reconhecimento, por parte do juiz, de que os factos foram dados como provados, nem se pretende que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes dos factos alegados. Apenas se pretende uma decisão que declare a prova como regularmente produzida. A respetiva valoração é postergada para um momento posterior e, ainda, eventual: o momento instrutório do processo judicial, se algum dos interessados decidir prosseguir com a ação principal destinada à declaração do direito material controvertido<sup>141</sup>.

---

<sup>135</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 520

<sup>136</sup> § 2.º do artigo 382.º do CPC brasileiro

<sup>137</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 497

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 497

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 497

<sup>140</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”, 474-475

<sup>141</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 494

Como já foi exposto, o proponente da ação probatória autónoma deve, ainda que sumariamente, caracterizar a relação jurídica existente e alegar com precisão os factos sobre os quais a prova há de recair<sup>142</sup>, existindo assim a necessidade de alegação de uma potencial controvérsia que possa vir a existir<sup>143</sup>. Destarte, cabe ao juiz analisar a idoneidade, ou falta dela, dos meios aptos à produção da prova requerida, bem como avaliar a relevância e a pertinência da produção da prova requerida para atingir um dos fundamentos dos incisos I a III do artigo 381.º do CPC brasileiro, que, como já foi referido, devem ser invocados, também, na petição inicial<sup>144</sup>.

Apesar de se tratar de um direito autónomo das partes, que não está adstrito a um concreto processo judicial, a potencial controvérsia deve estar sempre no horizonte da produção antecipada de prova como critério de relevância e, até, de admissibilidade<sup>145</sup>. Uma interpretação diferente poderia originar a chamada “*fishing expedition*”<sup>146 147</sup>.

#### **2.1.4. O polo passivo da ação probatória autónoma e a sua citação**

Após receber a petição inicial, o juiz determina a citação de interessados na produção de prova ou no facto a ser provado. Isto só não sucede quando a produção da prova não tem carácter contencioso<sup>148 149</sup>.

O polo passivo na ação probatória autónoma é assumido por aquele contra quem se pretende, potencialmente, utilizar a prova no processo futuro que não se sabe, ainda, se chegará a existir, independentemente de ele vir a figurar na eventual ação como autor ou

---

<sup>142</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 495

<sup>143</sup> O CPC brasileiro, ao legislar a produção antecipada de prova tem sempre como fundamento uma potencial controvérsia que poderá vir a existir e ser levada a tribunal, o que bem se demonstra nos incisos II e III do artigo 381.º do CPC brasileiro, ao exigirem que a prova “*seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito*” e “*possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*” (ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 476)

<sup>144</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 476

<sup>145</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 476

<sup>146</sup> “*Fishing expedition*” é a expressão usada para denominar a procura abusiva de fundamentos para a propositura de uma ação, recorrendo-se, para isso, ilegitimamente, ao recursos processuais.

<sup>147</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 488

<sup>148</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, 1034

<sup>149</sup> “*O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente carácter contencioso.*” (§ 1.º do artigo 382.º do CPC brasileiro).

como réu<sup>150</sup>, sendo a citação dos interessados a condição de eficácia da prova perante este.<sup>151</sup> DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES refere, cremos que acertadamente, que “*Como garantia do princípio do contraditório, seria, em tese, inadmissível a utilização de uma prova contra um sujeito que não tenha participado de sua formação.*”<sup>152</sup>.

Não se pode falar aqui, propriamente, num direito de contestar, uma vez que é a própria lei que exclui este direito (cfr. § 4.º do artigo 382.º do CPC brasileiro). Na verdade, a citação visa apenas possibilitar aos interessados o acompanhamento da recolha da prova, uma vez que o direito de defesa se limita a questões relativas a este procedimento<sup>153</sup>, como melhor se explicará *infra*.

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES entende que, por se tratar de uma ação autónoma, cabe ao autor indicar os sujeitos que devem ser citados<sup>154</sup>.

Em casos de extrema urgência, a produção antecipada de prova pode ser realizada sem a citação prévia e a participação dos restantes interessados. Nestes casos estaremos perante uma tutela provisória de urgência liminar do direito à produção de prova, ficando, contudo, ressalvada a possibilidade de, posteriormente, ser requerida, na medida do possível, a complementação da medida pelo requerido<sup>155</sup>.

A produção antecipada de prova com carácter liminar é também admitida nas situações em que a citação prévia dos interessados pode frustrar a utilidade da medida, justificando-se postergar o contraditório para um momento posterior à produção antecipada de prova. Se, perante uma situação destas, o juiz, perante o exercício posterior do contraditório, aceitar a defesa do interessado, dando-lhe razão, a prova não deve ser homologada, carecendo, assim, de eficácia para ser utilizada num processo futuro e eventual<sup>156</sup>.

No entanto, deve sempre ter-se presente que, mesmo que a defesa postergada dos interessados não seja acolhida, o valor e a eficácia da prova “emprestada” a um eventual

---

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 310

<sup>151</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 500

<sup>152</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 676

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 499

<sup>154</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 676

<sup>155</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 499

<sup>156</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 500

processo futuro podem ser comprometidos, pelo menos no que se refere àquele que não participou na produção antecipada da prova<sup>157</sup>.

Se estivermos perante a antecipação de uma prova oral, devem ser notificados todos os interessados para estarem presentes na audiência, seguindo-se o procedimento previsto nos artigos 385.º a 388.º do CPC brasileiro, se a prova requerida for depoimento de parte, e nos artigos 450.º a 463.º do CPC brasileiro, se a prova requerida for a prova testemunhal<sup>158</sup>. O juiz designa a audiência para inquirição da testemunha ou interrogatório da parte. A testemunha será intimada e a parte contrária citada<sup>159</sup>.

Se a prova que se pretende antecipar for a prova pericial, o processo será aquele previsto nos artigos 464.º a 480.º do CPC brasileiro, com as devidas adaptações. A parte que intentou a ação de antecipação de prova formula os seus quesitos e indica quem o acompanhará tecnicamente logo na petição inicial, devendo também pedir a citação da parte contrária, para que esta acompanhe a perícia<sup>160</sup>.

Pela utilização da palavra “citação” pode concluir-se que os interessados intervêm no processo enquanto verdadeiros réus, uma vez que a citação é o ato através do qual se integra coercivamente o réu no processo<sup>161</sup>.

No entanto, com esta interpretação surge uma questão na qual importa atentar. Os interessados podem ser citados oficiosamente pelo juiz – caso o juiz entenda que existe algum interessado na produção da prova ou na prova do facto concreto, cuja citação não tenha sido requerida, poderá ordená-la *ex officio*<sup>162</sup> –, o que significa que eles intervirão no processo independentemente da vontade do autor, o que pode pôr em causa o princípio do dispositivo<sup>163</sup>.

A natureza da citação *ex officio* não é unânime na doutrina brasileira: FREDDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA defendem que se trata de intervenção provocada de terceiros, por ordem do juiz; FLÁVIO LUIZ YARSHELL acredita tratar-se de assistência litisconsorcial, enquanto DANIEL

---

<sup>157</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 500

<sup>158</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 499

<sup>159</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, 1034

<sup>160</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, 1034

<sup>161</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 676

<sup>162</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 500

<sup>163</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 676

AMORIM ASSUMPCÃO NEVES defende estarmos perante uma simples intimação de terceiro para que este fique sujeito à prova, uma vez que esta intervenção não é facultativa<sup>164</sup>.

Não aprofundaremos o estudo desta questão por considerarmos que extravasa o âmbito desta dissertação.

### **2.1.5. Direito de recurso e direito de defesa nas ações probatórias autónomas**

Apesar de estar prevista a citação dos interessados, o § 4.º do artigo 382.º do CPC brasileiro prescreve que: “*Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.*”<sup>165</sup>.

Apesar de o preceito legal referir apenas a “*prova pleiteada pelo requerente originário*”<sup>166</sup>, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO consideram que esta regra se deve estender a todos os pedidos formulados na ação de produção antecipada de prova, permitindo-se, assim, o recurso do indeferimento da prova requerida por outro interessado que não o requerente originário, uma vez que, como é a própria lei que atribui aos interessados a possibilidade de requerer a produção de outros meios de prova relativos ao mesmo facto, a limitação da impugnação do indeferimento destes mesmos pedidos seria suscetível de retirar toda a utilidade à possibilidade de todos os interessados requererem a produção de prova sobre um mesmo facto<sup>167</sup>.

A simplicidade deste procedimento, que se restringe à produção da prova, sem existir qualquer valoração da mesma por parte do juiz, não se compagina com o extenso e complexo contraditório exercido nos processos comuns, no entanto, isto não deve significar que a defesa e o direito de recurso possam ser totalmente preteridos<sup>168</sup>. Na opinião de FREDIE DIDIER JR. “*este é um passo que o legislador infraconstitucional não poderia dar*”<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 155

<sup>165</sup> Artigo 382.º, § 4.º, do CPC brasileiro

<sup>166</sup> Artigo 382.º, § 4.º, do CPC brasileiro

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 311

<sup>168</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 501-502

<sup>169</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 501-502

Nos poucos casos em que é legalmente admissível o recurso, este é de apelação se a sentença recorrida rejeitar totalmente a produção de prova, e de agravo quando, perante a cumulação de pedidos do requerente, o juiz indeferir a produção de apenas uma das provas requeridas<sup>170</sup>.

Esta limitação do direito de recurso baseia-se no entendimento de que, como não existe uma efetiva valoração da prova por parte do juiz, sendo a mesma meramente documentada, não existe prejuízo para nenhum dos interessados que possa justificar o direito de recurso<sup>171</sup>.

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES considera que o §4.º, do artigo 382.º, do CPC brasileiro “*pode ser considerado um dos piores do Novo Código de Processo Civil*”<sup>172</sup>, isto porque, na sua opinião, a maioria das ações probatórias autónomas tem carácter contencioso, ponto fulcral que o legislador desconsiderou, pelo que, este preceito é uma flagrante violação do princípio do contraditório, por impedir a interposição de recursos<sup>173</sup>.

O autor explica as suas preocupações de forma assertiva: “*O mesmo se diga do cabimento de recurso, sendo inadmissível tornar o juiz um pequeno soberano na produção da prova sem que exageros e/ou ilegalidades possam ser revistas pelo tribunal de segundo grau. O juiz determina a oitiva de testemunha incapaz e a parte não pode recorrer? O juiz admite a produção de prova ilícita e não há como se impugnar a decisão? O juiz fixa os honorários periciais num valor estratosférico e ninguém poderá recorrer? Fica realmente difícil explicar a opção do legislador sem ofender frontalmente o princípio do contraditório.*”<sup>174</sup>.

O § 4.º do artigo 382.º do CPC brasileiro, para além de impedir os interessados de recorrer, limita, também, o exercício do direito de defesa.

Assim, a citação dos interessados serve apenas para estes participarem na recolha da prova requerida e para, querendo, requererem a recolha de outros meios de prova relativos ao mesmo facto<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 502

<sup>171</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 500

<sup>172</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 677

<sup>173</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 677-678

<sup>174</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 678

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 311

O § 4.º do artigo 382.º do CPC brasileiro entra em conflito legal com o § 1.º, do artigo 382.º, que prevê a citação de todos os interessados, mesmo *ex officio*. Citar os interessados para serem meros espectadores é, na opinião de FREDIE DIDIER JR., inconcebível. A citação tem como objetivo permitir a participação do interessado no processo, participação essa que se efetiva através do contraditório<sup>176</sup>.

Assim, este autor defende que o contraditório deve ser reduzido, mas não nulo<sup>177</sup>, podendo, nomeadamente, discutir-se o direito à produção de prova, a competência do tribunal e a legitimidade, o interesse e o modo de produção da perícia. Por outro lado, não se deve admitir discussão relativamente à valoração da prova ou aos efeitos jurídicos dos factos sobre os quais a prova recai. O contraditório relativo a estes assuntos será exercido num futuro e eventual processo, tendente a discutir o direito material controvertido<sup>178</sup>.

Da mesma forma, PAULA SARNO BRAGA defende que o § 4.º do artigo 382.º do CPC brasileiro “*não pode ser considerado em sua literalidade*”<sup>179</sup> e o seu “*texto impõe uma interpretação adequada*”<sup>180</sup>. A autora baseia a sua conclusão nos princípios do contraditório e da ampla defesa<sup>181</sup>. A autora conclui que “*o contraditório é limitado, mas existente*”<sup>182</sup>.

Também ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES, apesar de admitir que uma interpretação precipitada do § 4.º do artigo 382.º do CPC brasileiro poderia suscitar algumas questões de inconstitucionalidade, por violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, acaba por concluir que as limitações ao direito de defesa neste tipo de ações estão exclusivamente direcionadas para as questões de direito atinentes à potencial controvérsia que possa vir a existir. De facto, nestes casos, não se devem admitir discussões e decisões relativas a factos que mereciam ser comprovados, devendo ser admitidas, apenas, objeções relacionadas com a necessidade e a utilidade da prova requerida, tendo por referência o fim a que se destina, com a legalidade do meio de prova requerido e com os pressupostos processuais. Se ao juiz está vedada a pronúncia sobre a (in)existência de determinado facto, não faz sentido falar em defesa relativa às consequências jurídicas a respeito das provas produzidas. Esta defesa existirá apenas e se vier a ser proposta a ação

---

<sup>176</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 502

<sup>177</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 502

<sup>178</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 502

<sup>179</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 155

<sup>180</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 155

<sup>181</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 155

<sup>182</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 155

judicial com o objetivo de dirimir a controvérsia que, no momento da produção antecipada de prova, é meramente potencial<sup>183</sup>.

No entanto, o mesmo autor defende que a mesma norma, na parte em que limita a possibilidade de recurso nas ações probatórias autônomas, padece de uma clara inconstitucionalidade<sup>184</sup>.

### **2.1.6. A produção conjunta de várias provas**

O § 3.º do artigo 382.º do CPC brasileiro permite que os interessados possam “*requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.*”<sup>185</sup>.

A opção pela expressão “interessados” no normativo legal indica que o pedido de recolha de outros meios de prova sobre o mesmo facto pode ser efetuado não só pelo autor da petição inicial, mas também por qualquer interessado que seja, posteriormente, citado<sup>186</sup>.

Existe aqui uma ampliação do objeto do processo, permitindo-se que o requerido requeira, também, a produção antecipada de determinada prova, sem necessidade de intentar uma nova ação. Para tal requerimento vigora o mesmo prazo que para a contestação do requerido<sup>187</sup>.

Apesar de no preceito se fazer referência apenas ao “mesmo facto”, a verdade é que a ação de produção antecipada de prova também pode servir para demonstração de uma relação jurídica<sup>188</sup>. Assim, o § 3.º do artigo 382.º do CPC brasileiro deve também ser aplicado a estas situações<sup>189</sup>.

A *ratio* desta norma é bastante evidente: se um dos sujeitos processuais tem interesse na produção de um meio de prova diferente sobre o facto a ser provado na ação, a produção dessa prova no mesmo processo é, no mínimo, razoável<sup>190</sup>.

---

<sup>183</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”, 476-477

<sup>184</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”, 477

<sup>185</sup> Artigo 382.º, § 3.º, do CPC brasileiro

<sup>186</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Curso de Processo Civil*, 311

<sup>187</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 503

<sup>188</sup> Artigo 381.º, § 5.º, do CPC brasileiro

<sup>189</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 503

<sup>190</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 503

O juiz pode, contudo, recusar o pedido do requerido, nos casos em que o mesmo implique excessiva demora – é uma salvaguarda do princípio da duração razoável do processo<sup>191</sup>.

Quando o requerido na ação de produção antecipada de prova intuir que, na futura e eventual ação para discussão do direito material controvertido, chamará um terceiro a intervir na lide, como acontece frequentemente nas ações de responsabilidade civil com as seguradoras, o terceiro pode (e deve), logo na ação probatória, ser chamado ao processo, uma vez que a prova produzida antecipadamente será a mesma prova usada contra si na ação futura e eventual. Assim, salvaguarda-se a eficácia da prova produzida antecipadamente contra este terceiro<sup>192</sup>.

Esta solução é concordante com as normas legais vigentes, uma vez que, por um lado, é aconselhada a inclusão de todos os interessados pela produção de prova na ação probatória, e porque, por outro lado, o ordenamento brasileiro admite claramente o alargamento do processo de produção antecipada de prova, desde que o processo de restrinja aos factos originários<sup>193</sup>.

### **2.1.7. A sentença proferida**

A sentença proferida neste tipo de ações tem natureza meramente homologatória, isto é, *“refere-se apenas ao reconhecimento da eficácia dos elementos coligidos, para produzir efeitos inerentes à condição de prova judicial”*<sup>194</sup>, uma vez que não existe julgamento de mérito<sup>195</sup>.

Nesta sentença não existe valoração da prova nem qualquer decisão relativa ao eventual direito material que possa estar em disputa num ação futura e eventual. A valoração da prova, entenda-se, pelo juiz, pode nem chegar a ocorrer, uma vez que apenas se realizará se uma das partes intentar outra ação com vista à discussão do direito material controvertido, cujos factos serão ou não provados de acordo com a prova produzida antecipadamente, ou se, em ação já intentada, o juiz proferir decisão com base em factos provados com a prova produzida antecipadamente. Caso contrário a prova será valorada apenas pelas partes<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 503

<sup>192</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 503-504

<sup>193</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 504

<sup>194</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, 1035

<sup>195</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 519

<sup>196</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 504

A sentença deverá compreender, também, uma decisão relativa à distribuição das despesas processuais. Em princípio, estas são da responsabilidade do requerente da antecipação da prova. No entanto, existindo outros interessados que requeiram a produção de outras provas sobre os mesmos factos ou que exerçam algum tipo de resistência à antecipação da prova, ou que participem, ainda que sem resistir, as despesas podem e, nalguns casos, devem ser divididas proporcionalmente por todos os participantes<sup>197</sup>.

Nos termos do artigo 383.º do CPC brasileiro, “*Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.*”<sup>198</sup>.

### **2.1.8. A relevância enquanto critério de admissibilidade**

Em jeito de conclusão, acompanhamos ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES no sentido de que, apesar dos benefícios que as ações probatórias autónomas têm no dia a dia dos tribunais, elas não devem ser admitidas sem qualquer controlo. Devem ser rejeitados os pedidos de antecipação de prova que não se baseiem num dos requisitos dos incisos I, II ou III do artigo 381.º do CPC brasileiro. A relevância da prova e, conseqüentemente, a sua admissibilidade, deve pautar-se pela necessidade e utilidade da sua produção para a resolução extrajudicial de um conflito, já existente ou que se perspetive vir a existir. Esta relevância deve ser avaliada pelo juiz que, com base nela (ou na sua falta) pode (e deve) recusar o pedido de antecipação de produção de prova. Assim, evita-se a utilização deste instituto para o fenómeno conhecido nos países da “*common law*” como “*fishing expedition*” ou, até, a sua utilização como forma de intimidação da parte contrária ou de procura por uma posição mais favorável em relações jurídicas complexas<sup>199</sup>.

Deve, também, evitar-se a produção de prova que poderia ser produzida pelas partes extrajudicialmente, prevenindo que os tribunais se transformem num órgão consultivo e de pesquisa dos particulares<sup>200</sup>.

ANDRÉ BRUNI VIEIRA ALVES conclui assim: “*Pese a ação probatória sem o requisito da urgência decorrer de um direito autónomo à prova e que seja diferente de um*

---

<sup>197</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 504-505

<sup>198</sup> Artigo 383.º do CPC brasileiro

<sup>199</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 477-478

<sup>200</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 478

*direito de provar (compreendido no direito de ação e defesa), a admissibilidade do procedimento deve ter - como em qualquer produção de prova judicial - a relevância como requisito, devendo necessariamente referir-se a uma conexão lógica com os fundamentos (mesmo que em abstrato e meramente potencial, repita-se) de alguma potencial controvérsia que poderá se instaurar em ação judicial futura.”*<sup>201</sup>.

O reconhecimento do direito autónomo à prova não se traduz na afirmação, sem mais, de que o exercício deste direito pode ocorrer desvinculado da necessidade de demonstrar a relação entre a prova requerida e o direito material controvertido<sup>202</sup>.

Fora da ação autónoma de antecipação de prova, é também possível requerer a produção antecipada de prova como um incidente processual, no seio de um processo que corra nos tribunais judiciais, aplicando-se, igualmente, os artigos 381.º e seguintes do CPC brasileiro<sup>203</sup>.

## **2.2. Outros instrumentos previstos nos artigos 381.º a 383.º do CPC brasileiro**

O CPC brasileiro unificou toda a ação probatória numa única secção, nos artigos 381.º a 383.º daquele Código (Seção II – Da Produção Antecipada da Prova – do Capítulo XII – Das Provas – do Título I – Do Procedimento Comum – do LIVRO I – Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença – da PARTE ESPECIAL). Vejamos agora, brevemente, que outros institutos estão, também, previstos nestes artigos.

### **2.2.1. O Arrolamento**

É ainda prevista uma quarta modalidade de ação probatória autónoma no § 1.º do artigo 381.º do CPC brasileiro<sup>204</sup>: o arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória. Aqui, o objetivo é assegurar uma prova que respeita a uma universalidade de bens. Este instituto é bastante útil na preparação de uma ação que vise a partilha dessa universalidade<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> ALVES, André Bruni Vieira, “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autónomas) no novo CPC”, 478

<sup>202</sup> LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago, “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”, 488

<sup>203</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 142

<sup>204</sup> “§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.” (1.º § do artigo 381.º do CPC brasileiro)

<sup>205</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 673

O Arrolamento é o instituto que, tradicionalmente, permite a descrição, apreensão e depósito temporário de determinada universalidade de bens, que corre o risco de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação. Normalmente, este instituto tem natureza cautelar, caso em que se devem observar as regras processuais previstas para as medidas de urgência previstas nos artigos 300.º e seguintes do CPC brasileiro<sup>206</sup>.

No entanto, o recurso ao arrolamento pode pretender, apenas, a mera descrição dos bens, sem proceder à sua apreensão e depósito. Nestes casos, não se revela necessário demonstrar o *periculum in mora*, bastando preencher os requisitos da produção antecipada de prova, previstos nos artigos 381.º e seguintes do CPC brasileiro<sup>207</sup>.

A utilização deste instituto apenas permite obter informação sobre os bens que compõem uma universalidade (uma biblioteca, um rebanho, uma herança, um património, etc.). O arrolamento de bens tem, aqui, uma finalidade exclusivamente probatória, sem natureza cautelar<sup>208</sup>.

### 2.2.2. A Justificação

O CPC brasileiro continua a prever a ação de justificação no §5.º do artigo 381.º: “*Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem carácter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção*”<sup>209</sup>.

Assim, o CPC brasileiro, prevê a produção de prova sem carácter contencioso, naqueles casos em que se pretende comprovar a existência de um facto ou de uma relação jurídica, apenas para esta ficar documentada.<sup>210</sup>

No regime apresentado neste preceito, que se pode considerar uma quinta hipótese de admissão da produção antecipada de prova, o autor da ação não pretende utilizar a prova contra outra parte, almejando apenas a produção da prova requerida. Para aceder a este instituto, o interessado basta ter o intuito de produzir certa prova para, através dela, conhecer

---

<sup>206</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 498

<sup>207</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 498

<sup>208</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 496-497

<sup>209</sup> § 5.º do artigo 381.º no CPC brasileiro

<sup>210</sup> DONIZETTI, Elpídio, *Novo Código do Processo Civil comentado*, 520

os factos de uma relação jurídica até então considerada incerta, sendo esta a utilidade da produção antecipada da prova<sup>211</sup>.

Aqui, estamos perante a produção unilateral de prova, servindo esta apenas para formar a convicção do requerente, sem qualquer finalidade contenciosa. É o caso, por exemplo, do requerente que pretende demonstrar a própria idoneidade financeira. O facto que se pretende provar diz respeito apenas ao requerente<sup>212</sup>.

Nestes casos, e segundo a previsão da parte final do § 1.º do artigo 382.º do CPC brasileiro<sup>213</sup>, não existe polo passivo da relação,<sup>214</sup> não sendo, por isso, necessária a sua citação.

Apenas nestes casos a citação de interessados pode ser preterida, devendo a mesma ser determinada, *ex officio* ou a requerimento das partes, sempre que exista um qualquer outro interessado<sup>215</sup>.

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES não concorda com a solução de, nestes casos, ser preterida a citação. O autor defende que, mesmo que a produção antecipada de prova não tenha carácter contencioso, por não ser referida a sua futura utilização num processo judicial, a verdade é que aquela prova vai sempre interessar a ou afetar alguém. O autor continua e explica que, na sua opinião, o que pode ocorrer é ser impossível identificar os interessados, ou seja, estarmos perante um réu incerto, pelo que, nestes casos, deverá ser realizada a citação edital, continuando, no entanto, a existir polo passivo da relação processual<sup>216</sup>.

Embora ao processo de justificação seja intrínseca uma significativa autonomia, tal não poderá significar a total e indiscriminada admissibilidade da justificação, sob pena de os tribunais serem inundados por requerimentos inúteis e despiciendos<sup>217</sup>. Como refere DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES “*o Poder Judiciário só deverá prestar tutela jurisdicional que tenha alguma espécie de utilidade*”<sup>218</sup>.

---

<sup>211</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 674

<sup>212</sup> DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”, 500-501

<sup>213</sup> “§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente carácter contencioso.” (artigo 382.º do CPC brasileiro).

<sup>214</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 496

<sup>215</sup> BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 154

<sup>216</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 677

<sup>217</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 674

<sup>218</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 674

### 2.2.3. Ação de exibição de documento ou coisa

Esta ação pretende evitar que uma parte processual seja prejudicada na lide por não poder aceder a documento ou coisa que está na posse da outra parte ou de um terceiro, procurando essa prova e trazendo-a aos autos. Assim, a justificação desta ação reside no próprio direito constitucional à prova, assegurado a todos aqueles que participam num processo judicial<sup>219</sup>.

Esta ação, quando é intentada antes de estar em curso a ação na qual se pretende utilizar a prova obtida, segue os termos dos artigos 381.º a 383.º do CPC brasileiro. Nos restantes casos, a ação de exibição de documento ou coisa segue os termos dos artigos 396.º a 400.º do CPC brasileiro, caso o documento ou coisa esteja na posse da parte contrária, os dos artigos 401.º a 403.º do CPC brasileiro, caso esteja na posse de terceiros<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 234

<sup>220</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, 235-239

## Capítulo II – O sistema inglês

Iniciamos este capítulo referindo que, apesar de ser, tradicionalmente, um sistema de “*common law*”, e, conseqüentemente, o papel das normas positivadas ser secundário e os tribunais basearem as suas decisões, principalmente, num sistema de precedentes, o sistema inglês já não apresenta a acentuada clivagem com o sistema de “*civil law*” usado na maioria dos países europeus que em tempos apresentava. Na verdade, atualmente, o sistema processual civil inglês apresenta-se como uma solução intermédia entre o sistema americano, ainda muito centrado na “*common law*”, e os sistemas tradicionalmente de “*civil law*”<sup>221</sup>.

Para percebermos como se processa a antecipação de prova neste sistema, consideramos essencial explorar, previamente e de forma expedita e simplificada, três assuntos, dois deles tão intimamente ligados que consideramos impossível estudá-los de forma separada. Assim, por um lado, contextualizaremos o sistema atual através das reformas propostas por *Lord Woolf*, e, por outro lado, introduziremos o sistema inglês pela perspetiva da “*case management*” e dos “*overriding objectives*”.

Posteriormente, embarcaremos no estudo dos institutos que nos motivaram a selecionar o sistema inglês como instrumento de trabalho: os “*pre-action protocols*” e as “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” e a “*pre-action disclosure*”.

### 1. Os relatórios de *Lord Woolf* e as conseqüentes reformas legislativas

O processo civil inglês<sup>222</sup> é regido pelas *Civil Procedure Rules* (doravante CPR), que são completadas pelas “*practice directions*”<sup>223</sup>. A elaboração das CPR teve um enorme contributo dos relatórios produzidos por *Lord Woolf*<sup>224</sup> sobre o acesso à justiça.

Em 1994, *Lord Woolf* foi encarregue de avaliar o sistema processual civil vigente e sugerir algumas alterações, tendo por base os seguintes objetivos: melhorar o acesso à justiça e reduzir os custos processuais; reduzir a complexidade das regras processuais;

---

<sup>221</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 2ª edição, Cambridge: Intersentia, 2019, 3

<sup>222</sup> O processo civil inglês traduz-se no sistema de Inglaterra e País de Gales.

<sup>223</sup> *Civil Procedure Rules* e *Practice Directions* consultadas em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>

<sup>224</sup> Harry Kenneth Woolf foi “*Master of the Rolls*” (Presidente da Divisão Civil do *Court of Appeal of England and Wales*, que é o tribunal de segunda instância destes países) de 1996 até 2000 e *Lord Chief Justice of England and Wales* (Responsável pelo Sistema judiciário de Inglaterra e do País de Gales e Presidente dos seus tribunais) de 2000 até 2005.

modernizar a terminologia e tecnologia utilizadas; unificar todo o sistema. Lord Woolf apresentou as suas conclusões num relatório intermédio em 1995 e no relatório final em 1996<sup>225</sup>.

Estes relatórios avaliaram o processo civil inglês e aclamavam uma necessária e profunda mudança. Neles, *Lord Woolf* propunha um conjunto de novas regras que, globalmente, se traduziam em cinco mudanças estruturais no sistema processual civil inglês: acelerar a justiça civil; torná-la mais acessível; simplificar a linguagem processual; promover a resolução de litígios por acordo, evitando o excessivo e desproporcional recurso aos tribunais; e, quando este último ponto não for possível, tornar o processo judicial mais eficiente e menos dispendioso<sup>226</sup>.

As CPR, aprovadas em 1998 e com entrada em vigor em 26 de abril de 1996, consubstanciam um código unificado, que se aplica tanto ao *Country Court* como ao *High Court*<sup>227</sup> e, ainda, ao *Court of Appeal*<sup>228</sup>. O *Supreme Court*<sup>229</sup> é regulado autonomamente, apesar de aplicar, também, o sistema das CPR<sup>230</sup>.

Este Código está dividido em 51 Partes e cada Parte está dividida em várias regras. Muitas vezes, as regras contidas numa Parte apresentam apenas a estrutura geral do que a norma pretende e são depois complementadas e concretizadas por “*practice directions*”, que se traduzem num guia prático de aplicação das regras. Porém, nem todas as “*practice directions*” têm o objetivo de complementar regras em particular, algumas são de aplicação geral, como o são, por exemplo, as “*Practice Directions on Pre-action Conduct and Protocols*”<sup>231 232</sup>, que estudaremos no decorrer deste trabalho.

As CPR são, ainda, acompanhadas por um glossário que estabelece o significado de algumas expressões importantes para a sua compreensão.

---

<sup>225</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 7

<sup>226</sup> ANDREWS, Neil; “English Civil Procedure: A Synopsis”; *Ritsumeikan Law Review*; nº25, (2008), 31

<sup>227</sup> *Country Court* e *High Court* são os tribunais de primeira instância de Inglaterra e País de Gales.

<sup>228</sup> O *Court of Appeal of England and Wales* é o tribunal que aprecia recursos interpostos de decisões dos tribunais de comarca de Inglaterra e do País de Gales (In: [https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-ew-maximizeMS-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-ew-maximizeMS-pt.do?member=1)).

<sup>229</sup> É tribunal de última instância no Reino Unido, tanto para processos penais como cíveis. A regra é só serem admitidos recursos, para este tribunal, sobre questões de interesse público (In: [https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-ew-maximizeMS-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-ew-maximizeMS-pt.do?member=1)).

<sup>230</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 7

<sup>231</sup> São diretrizes que pretendem reger a conduta pré-processual das partes.

<sup>232</sup> GRAINGER, Ian; FEALY, Michael; SPENCER, Martin; *The civil procedure rules in action*, 2ª ed., Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000, 5-6

É, no entanto, reconhecido, que os objetivos das reformas de *Lord Woolf* não foram todos cumpridos. De facto, o controlo dos custos processuais foi uma ilusão, o sistema mantém a mesma complexidade, podendo, inclusive, considerar-se que esta aumentou, e não foi alcançada a pretendida modernização do sistema<sup>233</sup>. Os defeitos do sistema inglês são largamente conhecidos e tradicionalmente atribuídos a questões orçamentais ou estruturais, que o próprio sistema judicial não consegue controlar.<sup>234</sup>

Já em 2015, *Lord Briggs*<sup>235</sup> identificou os principais problemas no processo civil inglês: falta de acesso adequado à justiça por parte de particulares e pequenas empresas, devido aos excessivos custos em que redundam ações de reduzido valor, nomeadamente pela impossibilidade de litigar sem advogado; a antiquada dependência do papel e a utilização de sistemas tecnológicos obsoletos; atrasos inconcebíveis nas decisões do *Court of Appeal*, derivados do excesso de processos; falta de investimento no sistema judiciário fora de Londres; falta de aplicabilidade das decisões do tribunal ao longo do processo<sup>236</sup>.

As CPR pretendiam mudar a mentalidade do sistema processual civil inglês, nomeadamente fazendo notar que a resolução de litígios não era apenas efetivada pela via judicial, existindo outros métodos mais eficientes e adequados às necessidades das partes, que podem e devem ser utilizados antes de as ações serem intentadas em tribunal. E a verdade é que o processo civil inglês passou de um sistema totalmente antagonista para um modelo baseado na cooperação entre as partes. No entanto, a natureza adversarial dos litígios continua a predominar no panorama inglês. Apesar de as partes serem incentivadas a procurar a conciliação fora das salas de julgamento, a verdade é que o discurso apaziguador das partes, no cumprimento dos esforços pré-processuais de cooperação impostos pelas CPR, muitas vezes, apenas dissimula uma forte vontade de batalhar em tribunal<sup>237</sup>.

## 2. A “*active case management*”<sup>238</sup> e os “*overriding objectives*”<sup>239</sup>

As CPR consagraram pela primeira vez o poder de “*active case management*” atribuído ao juiz, tão característico do sistema inglês. A gestão ativa do processo consiste

---

<sup>233</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 7

<sup>234</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 61

<sup>235</sup> Michael Townley Featherstone Briggs, é juiz no “*Supreme Court*”, tendo, anteriormente, sido juiz no *Court of Appeal*, entre 2013 e 2017.

<sup>236</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 61

<sup>237</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 8

<sup>238</sup> Gestão ativa do processo (tradução livre da autora)

<sup>239</sup> Objetivos principais (tradução livre da autora)

num conjunto de poderes discricionários consignado ao juiz, que lhe permite gerir o processo de forma eficiente. Assim, o juiz inglês assume a posição primordial na gestão do processo, afastando-se a antiga cultura de controlo autónomo das partes, onde o juiz exercia funções próximas às de um fiscal, e transferindo-se para este a efetiva gestão do processo<sup>240</sup>.

Este poder de gestão ativa do processo influenciou, também, o sistema português, tendo surgido, em 2013, no sistema português, o dever de gestão processual, consagrado no artigo 6.º do Código de Processo Civil<sup>241</sup>. No entanto, este dever é consagrado em moldes ligeiramente diferentes, uma vez que, no nosso ordenamento jurídico, o dever de gestão processual, ao contrário da tradicional “*case management*” do sistema inglês, tem uma nota material, que se traduz na referência à justa composição do litígio<sup>242</sup>. No entanto, o juiz português “*e o juiz inglês têm poderes análogos ao nível da gestão processual ou procedimental.*”<sup>243</sup>. No entanto, MIGUEL MESQUITA não deixa de ressaltar que “*o exercício destes poderes depende muito do espírito do juiz e da margem de liberdade que as normas lhe concedam.*”<sup>244</sup>. E no campo da flexibilidade, tão essencial à gestão processual, nem sempre o nosso legislador foi generoso<sup>245</sup>.

A “*case management*”, no sistema inglês, tem três finalidades principais: incentivar as partes a utilizar meios alternativos como forma de resolução do litígio, quando esta opção for adequada; impedir que o processo prossiga de forma lenta e ineficiente; e garantir que os recursos jurisdicionais são alocados proporcionalmente<sup>246</sup>. Durante todo o processo, mas nomeadamente na fase de preparação do julgamento, o tribunal deve assegurar que as questões controvertidas estão devidamente delimitadas e são adequadamente discutidas, que as despesas são as mínimas necessárias e que não existem atrasos injustificados<sup>247</sup>. Através da efetivação destas finalidades cumprem-se os “*overriding objectives*”<sup>248</sup>.

---

<sup>240</sup> SANTOS, Juliano Locatelli; “A produção antecipada de prova no CPC de 2015 e a diminuição da litigância”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*; ano 5 (2019), n.º2, 1391-1392

<sup>241</sup> “*1 - Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.*” (artigo 6.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).

<sup>242</sup> MESQUITA, Miguel; “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*; ano 145, n.º 3995, ( novembro-dezembro de 2015), 95

<sup>243</sup> MESQUITA, Miguel; “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, 93-94

<sup>244</sup> MESQUITA, Miguel; “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, 93-94

<sup>245</sup> MESQUITA, Miguel; “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, 94

<sup>246</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 178

<sup>247</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 175-176

<sup>248</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 35

A Parte 1 das CPR consagra os “*overriding objectives*”, que se traduzem nos objetivos fundamentais do sistema inglês<sup>249</sup>, e funciona como um preâmbulo daquele código. A *Rule* 1.4(1) prescreve que o tribunal deve procurar alcançar os “*overriding objectives*” através da gestão ativa de cada caso, orientando o exercício dos poderes discricionários do juiz para a realização da justiça, através de metas mais específicas, como a eficiência, a celeridade, a proporcionalidade e a igualdade entre as partes na resolução de litígios<sup>250</sup>. Também a interpretação das CPR se deve guiar por estes objetivos e as próprias partes e os seus mandatários devem pautar a sua atuação pelo seu cumprimento<sup>251</sup>. O tribunal tem à sua disposição várias sanções económicas e processuais que pode e deve aplicar para compelir as partes a respeitar e aplicar os “*overriding objectives*”, como sejam a distribuição diferenciada de custos, o poder de suspender o processo ou o poder de excluir parte ou a totalidade da pretensão da parte incumpridora<sup>252</sup>.

As finalidades da gestão ativa do caso traduzem-se em várias responsabilidades para o tribunal, elencadas de forma não taxativa na *Rule* 1.4(2) das CPR<sup>253</sup>, que condensamos em três grupos: por um lado, o tribunal deve incentivar as partes a cooperar, a resolver parte ou a totalidade do litígio por acordo, e a recorrer a meios alternativos de resolução de litígios, podendo, inclusive, suspender o processo para as partes negociarem; por outro lado, o tribunal deve, também, estabelecer calendários processuais e acompanhar todo o desenvolvimento do processo, devendo orientar as partes no sentido de o litígio ser levado a julgamento da forma mais rápida e eficiente possível; por último, o tribunal deve ajudar as

---

<sup>249</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 175

<sup>250</sup> Apenas em 2013 os conceitos de “justiça” e de “proporcionalidade” foram acrescentados a estas normas, após os relatórios de Sir Rupert Jackson (ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 175)

<sup>251</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 11

<sup>252</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 175

<sup>253</sup> “(2) *Active case management includes –*

*(a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*

*(b) identifying the issues at an early stage;*

*(c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;*

*(d) deciding the order in which issues are to be resolved;*

*(e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*

*(f) helping the parties to settle the whole or part of the case;*

*(g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;*

*(h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;*

*(i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;*

*(j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;*

*(k) making use of technology; and*

*(l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.” (Rule 1.4 (2) das CPR)*

partes a determinar quais são as questões controvertidas cuja clarificação importa para o caso concreto e determinar a ordem pela qual elas são discutidas, podendo, inclusive, excluir certas questões com base na irrelevância das mesmas, ou determinar quais são aquelas que precisam de uma discussão aprofundada e quais as que podem ser resolvidas sumariamente<sup>254</sup>.

O tribunal deve, ainda, com base no princípio da proporcionalidade, avaliar se determinado ato processual é necessário, tendo em conta o valor da ação<sup>255</sup> e a disponibilidade dos recursos do tribunal<sup>256</sup>, considerando as particularidades de cada caso e ponderando e conciliando os diferentes “*overriding objectives*”<sup>257</sup> e a importância da celeridade e da eficiência na resolução dos litígios<sup>258</sup>.

A *Rule 3.1* das CPR<sup>259</sup> estabelece um conjunto não exaustivo de poderes à disposição do tribunal para a prossecução dos “*overriding objectives*”, no entanto, também ao longo das CPR várias outras faculdades são concedidas ao tribunal para o alcance destes

---

<sup>254</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 179-180

<sup>255</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 181

<sup>256</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 3.<sup>a</sup> edição, Sweet & Maxwell, 2013, 553

<sup>257</sup> Por vezes, diferentes objetivos podem ser contraditórios entre si. Isto, porém, é apenas um corolário da concessão entre os diferentes aspetos do sistema de justiça que os “*overriding objectives*” requerem. (ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 552)

<sup>258</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 552

<sup>259</sup> “(1) *The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have.*

(2) *Except where these Rules provide otherwise, the court may –*

(a) *extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired);*

(b) *adjourn or bring forward a hearing;*

(bb) *require that any proceedings in the High Court be heard by a Divisional Court of the High Court;*

(c) *require a party or a party’s legal representative to attend the court;*

(d) *hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication;*

(e) *direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings;*

(f) *stay (GL) the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event;*

(g) *consolidate proceedings;*

(h) *try two or more claims on the same occasion;*

(i) *direct a separate trial of any issue;*

(j) *decide the order in which issues are to be tried;*

(k) *exclude an issue from consideration;*

(l) *dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue;*

(m) *order any party to file and exchange a costs budget;*

(n) *take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective, including hearing an Early Neutral Evaluation with the aim of helping the parties settle the case.” (Rule 3.1 (1)e(2) das CPR)*

objetivos<sup>260</sup>, como, por exemplo, a *Rule 32.1* das CPR, que consagra os poderes concedidos ao juiz para dirigir a fase instrutória<sup>261</sup>.

\*

Para restringir o objeto do nosso estudo, vamos focar-nos em dois institutos específicos do sistema inglês, que se traduzem em formas de incentivo de resolução extrajudicial de litígios, ao mesmo tempo que consubstanciam meios de antecipação da atividade probatória, nomeadamente, documental. Assim, em primeiro lugar, estudaremos os “*pre-action protocol*”, focando, posteriormente, a nossa atenção no “*Pre-action protocol for the resolution of clinical disputes*”, e, em segundo lugar, aprofundaremos o instituto da “*disclosure*”, nomeadamente na sua vertente pré-processual.

### **3. “*Pre-action protocols*” e “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”**

Em 1999, entraram em vigor, juntamente com as CPR, os “*pre-action protocols*”. O glossário das CPR define “*pre-actions protocols*” como “*Statements of understanding between legal practitioners and others about pre-action practice and which are approved by a relevant practice direction*”. Por sua vez, o primeiro parágrafo das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”<sup>262</sup> esclarece que os protocolos prescrevem a conduta e o procedimento que o tribunal espera que as partes adotem, antes da propositura de certos tipos específicos de ações civis.

Os protocolos são escritos por grupos de pessoas interessadas na sua aplicação, tais como associações especializadas e entidades conceituadas na respetiva área, que se considera terem experiência em identificar boas e más práticas (pré-)processuais na sua área de atuação<sup>263</sup>. Eles são posteriormente aprovados pelo *Master of the Rolls*<sup>264</sup> e anexados às CPR.

---

<sup>260</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 553-554

<sup>261</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 560-561

<sup>262</sup> Diretrizes que prescrevem qual deve ser a postura das partes na fase pré-processual, nomeadamente, mas não só, quando não exista um protocolo concretamente aplicável.

<sup>263</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*; 2ª ed, Londres: Cavendish Publishing Limited, 2004, 78

<sup>264</sup> Presidente do *Court of Appeal*

Os principais objetivos dos “*pre-action protocols*” são: incentivar a eficiente troca de informação entre as potenciais partes de um litígio, num momento anterior ao próprio processo, incluindo a divulgação de documentos relevantes a que cada uma tenha acesso<sup>265</sup>; evitar o processo judicial, promovendo a resolução do litígio através de um acordo pré-processual<sup>266</sup>; incrementar a gestão eficiente do processo, quando este não possa ser evitado. O recurso aos tribunais deve ocorrer, apenas, em última instância<sup>267</sup>, devendo as partes demonstrar que a sua conduta pré-processual foi orientada no sentido de resolver o litígio antes da propositura da ação<sup>268</sup>. Quando isto não for possível, prevê-se que, pelo menos, o processo seja mais rápido, económico e sem surpresas, uma vez que as partes já determinaram e discutiram entre si as questões controvertidas<sup>269</sup>, delimitando, assim, o objeto do litígio<sup>270</sup>.

Assim, as partes têm a obrigação de, segundo os parágrafos 8 e 9 das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, considerar a utilização de meios de resolução alternativa de litígios para conseguirem alcançar um acordo pré-processual, ao mesmo tempo que devem, ainda assim, estar recetivas à possibilidade de recorrer a estes meios ao longo de todo o procedimento.

Depois de a ação ser proposta, o juiz pode pedir às partes que provem que consideraram, efetivamente, o recurso a meios de resolução alternativa de litígios. A falta de resposta ou a recusa a um convite para utilizar a estes meios pode ser considerada irrazoável pelo tribunal, que pode condenar a parte a pagar custos adicionais pelo processo<sup>271</sup>.

Mais do que qualquer outra parte das CPR, os “*pre-action protocols*” e as “*practice directions*” a eles relativas têm como principal objetivo facilitar a resolução de um litígio de forma extrajudicial. No entanto, *Lord Woolf* sempre defendeu que o que importa não é apenas a celebração do acordo, mas também a qualidade e o momento em que o acordo é alcançado. Ele constatou, nos seus relatórios, que muitos acordos eram atingidos por exaustão das partes, uma vez que era comum que uma delas, com mais possibilidades

---

<sup>265</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 246

<sup>266</sup> Este objetivo decorre diretamente do primeiro. Espera-se que, com informação completa e correta, as partes estejam preparadas para fazer melhores propostas de acordo, com mais facilidade de aceitação, à luz do conhecimento mútuo da posição de cada parte.

<sup>267</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 52

<sup>268</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 78

<sup>269</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 80

<sup>270</sup> GRAINGER, Ian; FEALY, Michael; SPENCER, Martin; *The civil procedure rules in action*, 6

<sup>271</sup> Parágrafo 11 das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”

temporais e económicas, usasse todos os meios ao seu dispor para perpetuar o processo. Por isso, os “*pre-action protocols*” estão pensados para permitir que as partes estejam bem informadas sobre a posição uma da outra, de modo a celebrarem, de forma eficiente, um acordo que seja vantajoso para ambas<sup>272</sup>.

Anteriormente à aplicação dos “*pre-action protocols*”, não existia nenhum procedimento pré-processual imposto às partes. Consequentemente, a fase anterior à propositura de uma ação era complicada, trabalhosa e permitia às partes atrasarem o início da ação, sem que, na verdade, tivesse qualquer efeito útil. Cada parte apenas conhecia as pretensões movidas contra si através dos articulados da ação, que eram resumidos e incompletos, ficando reservado para o julgamento a descoberta de muitos dos fatos relevantes para a causa<sup>273</sup>.

Atualmente, a propositura da ação já não se concebe como o início de um processo de resolução de um litígio, mas, antes, é vista como o culminar de uma fase pré-processual de troca de informação e de cooperação, no fim da qual, as partes, se não estiverem preparadas para a celebração de um acordo, estão, pelo menos, habilitadas para uma melhor e mais alargada compreensão do processo que então se inicia<sup>274</sup>, o que, desde logo, permite a redução de custos e evita a duração prolongada dos processos.

Quando se trata de uma ação cível onde seja aplicável um protocolo já definido, seguem-se as diretrizes prescritas por esse protocolo. Quando, porém, não exista um protocolo aplicável, devem seguir-se as orientações das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, conforme é prescrito no seu segundo parágrafo. Estas normas estabelecem que as partes devem proceder a uma troca razoável de informações e documentos relevantes para a ação, e devem cooperar no sentido de resolver o litígio extrajudicialmente. Assim, estende-se a todas as ações a necessidade de haver um comportamento razoável das partes antes da sua propositura<sup>275</sup>, ainda que não exista um protocolo concretamente aplicável.

O terceiro parágrafo das “*practice directions*” relativas aos protocolos estabelece que o tribunal espera que as partes tenham, antes do início do processo, trocado informação

---

<sup>272</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 77

<sup>273</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2175448](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175448), 1

<sup>274</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 1

<sup>275</sup> GRAINGER, Ian; FEALY, Michael; SPENCER, Martin; *The civil procedure rules in action*, 7

suficiente para: (a) compreenderem a posição da parte contrária; (b) decidir sobre como proceder; (c) tentar chegar a um acordo sem iniciar o processo; (d) considerar formas alternativas de resolução de litígios para auxiliar no acordo; (e) sustentar uma gestão eficiente do processo; e (f) reduzir os custos da resolução do litígio.

Os parágrafos 4 e 5 das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” clarificam que as partes não devem usar estes mecanismos em prejuízo da outra parte; as partes devem assumir uma postura razoável e adequada para identificar, discutir e resolver os problemas em litígio. Também as despesas necessárias para cumprir o protocolo aplicável ou as “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” devem ser proporcionais, correndo a parte o risco de não ver esses custos ressarcidos no final do processo, se não atuar com base nos “*overriding objectives*”.

O sexto parágrafo das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” prescreve que as partes devem comunicar entre si e trocar informação de forma a atingir os objetivos elencados no terceiro parágrafo, tendo, no entanto, em consideração, que o cumprimento deve seguir sempre uma ideia de proporcionalidade. Depois, mais especificamente, estabelece que: (a) o autor deve escrever uma carta ao réu especificando a sua pretensão<sup>276</sup>; (b) o réu deve responder num prazo razoável: catorze dias quando o caso for simples e não mais de três meses para os casos mais complexos<sup>277</sup>; e (c) as partes devem divulgar os documentos relevantes para a questão em litígio.

Em ações de elevada complexidade, o cumprimento desta fase pré-processual pode prolongar-se por vários meses<sup>278</sup>.

Por seu lado, e de uma maneira geral, os “*pre-action protocols*” estabelecem os seguintes passos que as partes devem cumprir: (i) troca de cartas entre as partes, contendo detalhes do pedido e da defesa e juntando documentos em que se baseiam as pretensões de cada parte; (ii) negociação entre as partes com o objetivo de alcançar um acordo sem recurso aos tribunais; (iii) se a negociação não permitir o alcance deste acordo, consideração por

---

<sup>276</sup> Devem ser incluídas as razões que fundamentam aquele pedido, um resumo dos factos que o sustentam e, se aplicável, como foi feito o cálculo da quantia que o autor pretende receber.

<sup>277</sup> A resposta deve indicar se o pedido é ou não aceite pelo réu. Se o pedido não for aceite, o réu deve justificar e especificar as questões controvertidas e indicar se pretende ou não elaborar um pedido reconvenicional. Em caso de resposta afirmativa, deve detalhar esse pedido.

<sup>278</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 52

parte das partes do recurso a meio de resolução alternativa de litígios, na tentativa de, por esta via, alcançar um acordo<sup>279</sup>.

As cartas enviadas, nesta fase, pelas partes, seja ao abrigo das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, seja ao abrigo dos protocolos, não têm os mesmos objetivos ou as mesmas funções que os articulados, pelo que as partes não devem ser prejudicadas quando, nos seus articulados, clarificam ou esclarecem as suas pretensões.<sup>280</sup>

De uma maneira geral, o regime de cada protocolo e das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” são semelhantes, nomeadamente no que concerne aos seus objetivos, à informação e documentos que se espera que as partes troquem entre si antes de a ação ser proposta e às sanções que podem ser impostas perante o não cumprimento de qualquer destas normas por uma ou ambas as partes<sup>281</sup>.

A fase pré-processual dos “*pre-action protocols*” ou das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” não se submete a nenhuma supervisão judicial imediata. Apesar de o tribunal esperar que, quando tem acesso ao processo, as partes tenham cumprido os termos do protocolo aplicável ou das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, a verdade é que estas não podem ser obrigadas a fazê-lo e se a ação nunca chegar a ser proposta, a parte incumpridora não terá qualquer consequência<sup>282</sup>. Todo o controlo do cumprimento ou não cumprimento dos protocolos é feito *a posteriori* e, apenas, se a ação for intentada.

Ainda assim, se o processo chegar efetivamente a tribunal, o juiz tem extensos poderes para penalizar a parte que incumpriu o protocolo<sup>283</sup>.

De acordo com as *Rules 3.1(4) e (5)*, o tribunal terá em consideração, no exercício dos seus poderes de “*case management*”, se as partes cumpriam ou não, quer os “*pre-action protocols*”, quer as ““*practice directions on pre-action conduct and protocols*””<sup>284</sup>.

Esta norma é complementada pelo parágrafo 13 das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, segundo o qual o juiz vai ter o incumprimento das partes em

---

<sup>279</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 2

<sup>280</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 2

<sup>281</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 1 e 2

<sup>282</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 78

<sup>283</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 78

<sup>284</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 2

consideração quando proceder à gestão do processo, ao abrigo do seu poder de “*case management*”, e quando ordenar o pagamento dos custos do processo. O tribunal estará preocupado com o cumprimento generalizado do protocolo ou das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” e não terá em conta incumprimentos pontuais.

O décimo quarto parágrafo das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” explica quando é que o tribunal pode considerar que houve incumprimento: quando a parte não forneceu informação suficiente que permitisse atingir os objetivos do terceiro parágrafo, quando a parte não atuou num período de tempo razoável ou quando a parte recusou, de forma incompreensível, o recurso a meios alternativos de resolução de litígios ou não respondeu a um convite para o fazer.

Perante o incumprimento de um “*pre-action protocol*” ou de uma diretriz das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, o tribunal pode, segundo o parágrafo 15 daquelas diretrizes, ordenar que as partes fiquem isentas do dever de cumprir o protocolo ou a diretriz, ordenar a suspensão do processo até que determinada parte do protocolo ou das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” seja cumprida, ou aplicar sanções.

Do décimo quinto parágrafo das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” retira-se que o mero incumprimento de um protocolo relevante não leva automaticamente à aplicação de sanções. O tribunal tem que ficar convencido que o incumprimento originou a propositura da ação ou o aumento dos custos. O objetivo é evitar que a parte inocente fique numa posição mais desvantajosa do que aquela em que ficaria se o protocolo tivesse sido cumprido. Assim, o tribunal só vai impor sanções se o incumprimento do protocolo prejudicar a outra parte ou o processo em si, o que, muitas vezes, pode ser difícil de determinar<sup>285</sup>.

As sanções que podem ser impostas estão estabelecidas, ainda que não taxativamente, no parágrafo 16 das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”: o tribunal pode ordenar que a parte incumpridora pague parte ou a totalidade dos custos da outra parte (o tribunal pode ordenar que este pagamento seja feito a título indemnizatório); se a parte incumpridora tiver direito a receber uma quantia em dinheiro a título de juros, o juiz pode determinar que não os receba durante um determinado período de tempo ou que os receba a uma taxa inferior àquela que era suposto; se, pelo contrário, a parte

---

<sup>285</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 96

incumpridora for condenada a pagar uma quantia monetária a título de juros, ela pode ser condenada a pagá-los numa taxa superior durante um determinado período de tempo.

Ao abrigo do seu poder de “*case management*”, o juiz pode, ainda, se a ação for intentada, recusar conceder tempo extra para a realização de um ato que devia ter sido realizado no cumprimento do protocolo ou condenar a parte incumpridora a pagar uma coima ao tribunal<sup>286</sup>.

É importante notar que o cumprimento dos protocolos e das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” não interrompe os prazos de prescrição e de caducidade. Portanto, perante o término de um prazo, a parte deve intentar a ação mesmo que não se tenha cumprido, ainda, o protocolo. Se uma ação for intentada depois de expirado o prazo, o réu pode usar isso na sua defesa. Se uma ação for intentada para prevenir a prescrição de um prazo antes de estar completamente cumprido o protocolo relevante ou as “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”, as partes devem pedir ao tribunal, ao abrigo do parágrafo 17 daquelas diretrizes, a suspensão do processo pelo tempo suficiente para o cumprimento ser finalizado.

Apesar dos reconhecidos benefícios dos “*pre-action protocols*”, cumpre dizer que, em casos mais simples, eles podem traduzir-se em atrasos e custos desnecessários. Isto também se verifica naqueles casos em que sempre se chegaria a um acordo, com ou sem o cumprimento dos passos impostos pelos protocolos. No entanto, mesmo nestes casos, o receio da imposição de sanções pelo tribunal pelo não cumprimento dos protocolos leva ao cumprimento dos mesmos, traduzindo-se, muitas vezes, em atos desnecessários e dispendiosos, que vão contra a *ratio* do próprio instituto.<sup>287</sup>

Isto, poderia pensar-se, seria facilmente resolvido através do poder de “*active case management*” do tribunal, adequando os protocolos às especificidades de cada caso. No entanto, esse poder só pode ser aplicado após a propositura da ação, pois só a partir desse momento o litígio é levado a tribunal. O facto de estarmos perante uma fase extrajudicial provoca que o tribunal não possa exercer o seu poder de “*active case management*”, uma vez que o litígio não foi e pode nem ser, sequer, levado ao seu conhecimento.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 96

<sup>287</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 6

<sup>288</sup> KONSTANTINOOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, 6

Assim, as vantagens de ter um sistema dominado pelos acordos e pelo recurso a meios alternativos de resolução de litígios, bem como de uma divulgação de informação e documentos numa fase antecipada do processo, tem que ser ponderada com o aumento de custos em que o cumprimento dos protocolos muitas vezes se traduz<sup>289</sup> e com o controlo *a posteriori* e eventual da atuação das partes.

Atualmente, existem treze protocolos aprovados e em vigor, que estão elencados no último parágrafo das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*”<sup>290</sup>. Neste contexto, seleccionámos como elemento de estudo o “*Pre-action protocol for the resolution of clinical disputes*”.

#### **4. “Pre-action protocol for the resolution of clinical disputes”<sup>291</sup>**

Os sistemas clássicos de responsabilidade médica apresentam elevados custos<sup>292</sup>. Apesar desta observação ser genérica e global, Lord Woolf retirou conclusões semelhantes no seu relatório “*Acess to Justice Report*”, que versou, também, sobre as ações médicas. Lord Woolf concluiu que estas ações estavam sujeitas a custos e demoras excessivos, responsabilizando por isso os sistemas de registos desadequados às necessidades, a mobilidade dos funcionários responsáveis por lidar com as reclamações, o que dificultava a investigação das queixas por parte dos prestadores de cuidados médicos, os atrasos no conhecimento das queixas apresentadas, a relutância dos prestadores de cuidados em admitir os seus erros e pedir desculpa pelos mesmos, entre outros fatores<sup>293</sup>. Com o objetivo de combater os problemas detetados, surgiu o Protocolo ora em estudo, incentivando os pacientes e os prestadores de cuidados de saúde a cooperar entre si para a resolução pré-processual dos litígios, em vez de recorrer de imediato aos tribunais<sup>294</sup>.

---

<sup>289</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 53-54

<sup>290</sup> Protocolos atualmente em vigor: “*Personal Injury*”; “*Resolution of Clinical Disputes*”; “*Construction and Engineering*”; “*Defamation*”; “*Professional Negligence*”; “*Judicial Review*”; “*Disease and Illness*”; “*Housing Disrepair*”; “*Possession Claims by Social Landlords*”; “*Possession Claims for Mortgage Arrears*”; “*Dilapidation of Commercial Property*”; “*Low Value Personal Injury Road Traffic Accident Claims*”; e “*Low Value Personal Injury Employers’ and Public Liability Claims*”.

<sup>291</sup> Protocolo aplicável às ações relativas a disputas médicas (tradução livre da autora)

<sup>292</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 90

<sup>293</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”; *Clinical Risk* (2001), n.º 7, 10

<sup>294</sup> YOUNG, Magi; “The Clinical disputes Pre-action Protocol – is it working? A claimant’s solicitor’s perspective”, *Clinical Risk* (2001), n.º 7, 43

O “*pre-action protocol for the resolution of clinical disputes*” (doravante Protocolo), foi aprovado em Outubro de 1998 e entrou em vigor no dia 26 de abril de 1999, juntamente com as CPR, tendo sido posteriormente alterado em 2010 e em 2015. Este protocolo estabelece a conduta que as partes devem adotar, mesmo antes de iniciado o processo judicial, perante litígios por responsabilidade médica.

Trata-se um protocolo pequeno, simples e de fácil leitura, mas que se for corretamente aplicado tem a potencialidade de ter um grande impacto na resolução deste tipo de conflitos<sup>295</sup>.

Este protocolo, elaborado por organizações representativas tanto de pacientes como de médicos<sup>296</sup>, surgiu da consciencialização de que, tanto os prestadores de cuidados de saúde como os pacientes, incorriam em gastos desnecessários perante litígios derivados de responsabilidade médica, uma vez que estes eram abordados de forma excessivamente conflituosa. Uma das principais preocupações era a forma e a demora com que a divulgação dos relatórios médicos ocorria<sup>297</sup>.

A reforma realizada com este protocolo permite aos prestadores de cuidados médicos reduzir as despesas incorridas com erros médicos, bem como ter um maior controlo sobre efeitos desfavoráveis que esses incidentes possam ter nos pacientes e nos próprios funcionários e, ainda, reduzir a publicidade negativa que advém desse tipo de processos. Só é possível atingir estes objetivos porque o protocolo se foca no período pré-processual, ou seja, depois da ocorrência do incidente médico e antes da propositura da ação<sup>298</sup>.

No prefácio da versão de 1998 do protocolo, *Lord Irvine*, “*Lord Chancellor*”<sup>299</sup> na altura, esclarece que o escopo do protocolo é incentivar a comunicação pré-processual entre as partes, estabelecendo um calendário para a troca de informação relevantes para o litígio e proporcionando às partes diretrizes sobre o conteúdo que essa comunicação deve assumir. Isto permite às partes, continua “*Lord Chancellor*”, uma melhor e mais completa perceção sobre a sua posição processual num momento antecipado do processo, uma vez que têm

---

<sup>295</sup> SCOTLAND, Alastair; “The Clinical Disputes Forum”, *Medico-legal Journal* (2001) Vol. 69, n.º4, 152-165

<sup>296</sup> WOOLF, Lord; “Clinical negligence: what is the solution? How can we provide justice for doctors and patients?”. *Medical Law International* (2000) Vol. 4, 139

<sup>297</sup> YOUNG, Magi; “The Clinical disputes Pre-action Protocol – is it working? A claimant’s solicitor’s perspective”, 43

<sup>298</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”, 10

<sup>299</sup> É um cargo incorporado no governo de Sua Majestade, que até 2005 era, também, o presidente da “*House of Lords*”, que, também até 2005, era o tribunal de última instância de Inglaterra e do País de Gales (In: <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/>).

acesso à informação relevante muito mais cedo. Por outro lado, são incrementadas as hipóteses de acordo numa fase, ainda, pré-processual<sup>300</sup>.

As “*Practice Direction on Pre-Action Conduct and Protocols*” aplicam-se subsidiariamente às situações abrangidas pelo “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”.

#### 4.1. Âmbito de aplicação e objetivos do Protocolo

Atualmente, o Protocolo aplica-se a todas as ações intentadas contra qualquer prestador de cuidados de saúde, nomeadamente hospitalares, clínicas, dentistas, sejam públicos ou privados (âmbito subjetivo de aplicação)<sup>301</sup>.

O Protocolo, no ponto 1.1, estabelece negativamente o seu âmbito de aplicação material, retirando do seu âmbito de aplicação, litígios que se insiram no âmbito de aplicação de outros protocolos<sup>302</sup>.

No seu ponto 2, o Protocolo expõe os seus objetivos, dividindo-os em dois grupos: por um lado, no ponto 2.1<sup>303</sup>, encontramos os objetivos gerais deste Protocolo; por outro lado, no ponto 2.2<sup>304</sup>, encontramos os objetivos específicos que se pretende alcançar através dele.

---

<sup>300</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”, 10

<sup>301</sup> Ponto 1.1 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>302</sup> “1.1 This Protocol is intended to apply to all claims against hospitals, GPs, dentists and other healthcare providers (both NHS and private) which involve an injury that is alleged to be the result of clinical negligence. It is not intended to apply to claims covered by:

(a) the *Pre-Action Protocol for Disease and Illness Claims*;

(b) the *Pre-Action Protocol for Personal Injury Claims*;

(c) the *Pre-Action Protocol for Low Value Personal Injury Claims in Road Traffic Accidents*;

(d) the *Pre-Action Protocol for Low Value Personal Injury (Employers’ Liability and Public Liability) Claims*;

or

(e) *Practice Direction 3D – Mesothelioma Claims*” (Ponto 1.1 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”)

<sup>303</sup> “2.1 The general aims of the Protocol are –

(a) to maintain and/or restore the patient/healthcare provider relationship in an open and transparent way;

(b) to reduce delay and ensure that costs are proportionate; and

(c) to resolve as many disputes as possible without litigation.” (Ponto 2.1 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”)

<sup>304</sup> “2.2 The specific objectives are–

(a) to encourage openness, transparency and early communication of the perceived problem between patients and healthcare providers;

(b) to provide an opportunity for healthcare providers to identify whether notification of a notifiable safety incident has been, or should be, sent to the claimant in accordance with the duty of candour imposed by section 20 of the Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) Regulations 2014;

(c) to ensure that sufficient medical and other information is disclosed promptly by both parties to enable each to understand the other’s perspective and case, and to encourage early resolution or a narrowing of the issues in dispute;

O ponto 2.3<sup>305</sup> esclarece algumas hipóteses que estão excluídas dos objetivos do Protocolo.

#### 4.2. O procedimento ao abrigo do Protocolo

Este protocolo pressupõe que, se as partes tiverem suficiente informação e compreensão da pretensão da parte contrária, as reclamações por negligência médica podem ser investigadas de forma eficiente e, quando adequado, resolvidas sem o recurso aos tribunais. Assim, este protocolo incentiva uma abordagem de abertura, partilha e cooperação entre as partes quando algo correu mal com o tratamento do paciente ou quando este está insatisfeito com o tratamento ou com o seu resultado<sup>306</sup>.

Para isso, o Protocolo introduz um processo e o um calendário que as partes devem respeitar na troca da informação relevante para o litígio, estabelece padrões de razoabilidade relativamente ao conteúdo das cartas trocadas entre as partes e para a sua conduta nas negociações pré-processuais. Tanto o processo estabelecido, como o calendário e aqueles padrões de razoabilidade podem não ser adequados a todos os casos, situações em que as partes podem conformar a sua conduta pré-processual às especificidades do caso. No entanto, se a ação judicial for inevitável, quando aquela for intentada, o juiz vai querer uma justificação para o protocolo não ter sido seguido ou ter sido alterado<sup>307</sup>.

---

*(d) to provide an early opportunity for healthcare providers to identify cases where an investigation is required and to carry out that investigation promptly;*  
*(e) to encourage healthcare providers to involve the National Health Service Litigation Authority (NHSLA) or their defence organisations or insurers at an early stage;*  
*(f) to enable the parties to avoid litigation by agreeing a resolution of the dispute;*  
*(g) to enable the parties to explore the use of mediation or to narrow the issues in dispute before proceedings are commenced;*  
*(h) to enable parties to identify any issues that may require a separate or preliminary hearing, such as a dispute as to limitation;*  
*(i) to support the efficient management of proceedings where litigation cannot be avoided;*  
*(j) to discourage the prolonged pursuit of unmeritorious claims and the prolonged defence of meritorious claims;*  
*(k) to promote the provision of medical or rehabilitation treatment to address the needs of the claimant at the earliest opportunity; and*  
*(l) to encourage the defendant to make an early apology to the claimant if appropriate.”* (Ponto 2.2 do “Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes”).

<sup>305</sup> “2.3 This Protocol does not—

*(a) provide any detailed guidance to healthcare providers on clinical risk management or the adoption of risk management systems and procedures;*  
*(b) provide any detailed guidance on which adverse outcomes should trigger an investigation; or*  
*(c) recommend changes to the codes of conduct of professionals in healthcare.”* (Ponto 2.3 do “Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes”).

<sup>306</sup> Pontos 1.3 e 1.4 do “Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes”

<sup>307</sup> Ponto 1.5 do “Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes”

O Capítulo 3 do Protocolo expõe todos os passos que é esperado as partes adotarem, para prosseguirem o seu cumprimento. Aproveitando a sistematização do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”, iremos também nós dividir este estudo em cinco subcapítulos: “*Obtaining health records*”, “*Rehabilitation*”, “*Letter of Notification*”, “*Letter of Claim*” e “*Letter of Response*”.

#### 4.2.1. “*Obtaining health records*”<sup>308</sup>

A obtenção de registos médicos está regulada nos pontos 3.2 a 3.8, inclusive, do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”.

O ponto 3.2 começa por estabelecer os requisitos que o paciente deve respeitar no requerimento dos seus registos médicos. Assim, o requerimento deve conter informação suficiente para o prestador de cuidados de saúde poder concluir pela seriedade do resultado indevido e das suas consequências e pela atendível insatisfação do paciente. Por outro lado, o requerimento deve ser tão específico quanto possível sobre os registos que o cliente pretende obter, para assim possibilitar o início de uma investigação apropriada. Por último, a alínea (c) do ponto 3.2 prevê a necessidade de serem requeridos, também, quaisquer documentos relevantes criados no seguimento do incidente ou da reclamação, e, ainda, as diretrizes seguidas, análises, protocolos e políticas implementados.

O ponto 3.3 do Protocolo adverte sobre a forma exigida para a apresentação dos pedidos de cópias dos registos médicos do paciente, que deve seguir o formulário integrante do Protocolo como Anexo B. As cópias requeridas devem ser fornecidas num prazo de quarenta dias<sup>309</sup>.

Se o prestador de cuidados de saúde não fornecer os registos médicos nem apresentar nenhuma justificação para tal, o paciente pode requerer ao tribunal que ordene a “*pre-action disclosure*”, nos termos da *Rule* 31.16 das CPR, ou, no caso de os registos médicos estarem na posse de terceiro, nos termos da *Rule* 31.17 das CPR, institutos que serão posteriormente estudados no decurso deste trabalho. Além disso, o tribunal pode ainda impor sanções a nível de custos ao prestador de cuidados de saúde que, injustificadamente, prolongue ou falhe o cumprimento do disposto no ponto 3.4 do Protocolo<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Obtenção de registos médicos (tradução livre da autora)

<sup>309</sup> Pontos 3.3, 3.4 e 3.6 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>310</sup> Ponto 3.7 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

#### 4.2.2. “*Rehabilitation*”<sup>311</sup>

Ambas as partes devem considerar, logo desde início a necessidade de o paciente receber tratamentos de reabilitação ou outras medidas, devendo a resposta a esta necessidade ser, também, discutida. Estas negociações não podem ser utilizadas em tribunal, por nenhuma das partes, exceto com o consentimento da parte contrária<sup>312</sup>.

#### 4.2.3. “*Letter of Notification*”<sup>313</sup>

Os requisitos exigidos para a Carta de Notificação estão previstos nos pontos 3.10 a 3.12, inclusive, do Protocolo, que integra, ainda, uma minuta de como deve ser elaborada esta carta, como anexo C1<sup>314</sup>.

O paciente deve, o mais cedo possível, enviar uma Carta de Notificação ao prestador de cuidados de saúde, que o informe da preparação de uma ação contra si, e de que, em breve, será enviada uma Carta com a pretensão do paciente<sup>315</sup>.

Após a receção da Carta de Notificação, o prestador de cuidados de saúde deve confirmar a sua receção no prazo de catorze dias, identificando, na mesma comunicação, quem é o responsável por dirigir aquele procedimento e a quem deve ser dirigida a Carta contendo a pretensão do paciente. Internamente, deve iniciar uma investigação sobre o sucedido<sup>316</sup> e, se justificado, requerer a intervenção de peritos. Simultaneamente, deve seleccionar a informação que, quando fornecida ao paciente, poderá ajudar a delimitar o âmbito do litígio ou, até, levar a uma resolução antecipada do mesmo<sup>317</sup>.

#### 4.2.4. “*Letter of Claim*”<sup>318</sup>

Esta Carta está regulada nos pontos 3.13 a 3.20 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*” e uma minuta da elaboração da mesma é parte integrante deste Protocolo, como Anexo C2<sup>319</sup>.

---

<sup>311</sup> Reabilitação (tradução livre da autora)

<sup>312</sup> Ponto 3.9 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>313</sup> Carta de notificação (tradução livre da autora)

<sup>314</sup> Ponto 3.10 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>315</sup> Ponto 3.11 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>316</sup> Se o prestador de cuidados de saúde não promover, desde a receção da Carta de Notificação, a investigação adequada, pode ver prejudicados futuros pedidos de extensão de prazo para cumprimento do Protocolo. (Ponto 3.12.2) do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>317</sup> Alíneas (a) a (d) do ponto 3.12.1 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>318</sup> Carta que apresenta a pretensão do paciente (tradução livre da autora)

<sup>319</sup> Ponto 3.13 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

Se o paciente concluir pela existência de factos que consubstanciem uma causa de pedir e, conseqüentemente, permitam justificar a propositura de uma ação, ele deve enviar uma carta ao prestador de cuidados de saúde, expondo a sua pretensão e a respetiva fundamentação<sup>320</sup>.

Esta Carta deve explicar, de forma sumária, os factos em que se baseia a pretensão do paciente, incluindo o alegado resultado indevido do tratamento efetuado e as principais razões de alegação de negligência; deve, ainda, incluir uma descrição das lesões sofridas pelo paciente, a condição no momento de envio da Carta e a expectativa de evolução. Por outro lado, o paciente deve alegar os danos patrimoniais sofridos que pretende ver ressarcidos e qual o valor atribuído aos mesmos<sup>321</sup>.

Devem ser, também, mencionados quaisquer documentos relevantes, e, daqueles que não seja previsível o prestador de cuidados de saúde ter acesso, devem ser juntas cópias com a Carta<sup>322</sup>, incluindo relatórios de peritos que tenham sido já consultados<sup>323</sup>.

Deve ser transmitida informação suficiente para que o prestador de cuidados de saúde reduza o âmbito da sua investigação ao essencial e consiga avaliar devidamente a pretensão do paciente<sup>324</sup>.

Explica, e bem, o Protocolo, que o objetivo não é que tal Carta consubstancie, já, um articulado. Na verdade, não existem sanções necessariamente aplicáveis por incongruências entre a Carta e o posterior articulado<sup>325</sup>.

A ação judicial não pode ser intentada antes de decorridos quatro meses do envio da Carta que apresenta a pretensão do paciente. Nos casos em que, o decurso de tal prazo impeça a propositura da ação, por vencimento de um prazo de caducidade ou de prescrição do direito invocado, o paciente deve intentar a ação e as partes, de comum acordo, devem requerer ao tribunal que ordene a suspensão do procedimento enquanto as partes concluem a aplicação do Protocolo<sup>326</sup>.

O paciente pode apresentar, juntamente com a Carta, uma proposta de acordo, que deve estar devidamente fundamentada com todos os documentos relevantes<sup>327</sup>.

---

<sup>320</sup> Ponto 3.14 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>321</sup> Ponto 3.16 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>322</sup> Ponto 3.17 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>323</sup> Ponto 3.16 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>324</sup> Ponto 3.18 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>325</sup> Ponto 3.19 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>326</sup> Ponto 3.20 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>327</sup> Ponto 3.21 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

#### 4.2.5. “Letter of Response”<sup>328</sup>

A Carta de Resposta é regulada nos pontos 3.22 a 3.29 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*” e uma minuta de como deve ser elaborada tal Carta faz parte integrante do Protocolo através do anexo C3<sup>329</sup>.

O prestador de cuidados de saúde deve, num prazo de catorze dias, informar o paciente da receção da Carta que apresenta a pretensão do paciente e, se ainda não o fez, designar o responsável para gerir aquele procedimento<sup>330</sup>.

O prestador de cuidados de saúde tem, então, um prazo de quatro meses<sup>331</sup>, contados da receção da Carta que apresenta a pretensão do paciente, para enviar a sua Carta de Resposta, que deve conter os requisitos previstos nas alíneas (a) a (i) do ponto 3.24 do Protocolo. Assim, se o prestador de cuidados de saúde aceitar a pretensão do paciente, deve expressá-lo de forma clara. Por outro lado, se a pretensão do paciente for aceite, apenas, parcialmente, deve esclarecer detalhadamente que factos e consequências são aceites e quais são rejeitados e porquê. Por último, se a pretensão do paciente for totalmente rejeitada, a Carta de Resposta deve incluir especificamente resposta fundamentada às alegações de negligência, e a versão do prestador de cuidados de saúde sobre o incidente que provocou o resultado indevido. Nos casos em que a defesa apresentada se basear em relatórios de peritos, os mesmos devem ser juntos com a Carta.

Se, por algum motivo, o prestador de cuidados de saúde não conseguir apresentar uma carta de resposta apropriada no prazo de quatro meses, ele deve, assim que estiver consciente dessa impossibilidade, requerer junto do paciente a extensão razoável do prazo, justificando essa impossibilidade<sup>332</sup>.

Se o paciente fizer alguma proposta de acordo, a mesma deve ser respondida de forma justificada na Carta de Resposta. Por outro lado, o próprio prestador de cuidados

---

<sup>328</sup> Carta de Resposta (tradução livre da autora)

<sup>329</sup> Ponto 3.22 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>330</sup> Ponto 3.23 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>331</sup> Apesar de o Protocolo consagrar um prazo de quatro meses para o prestador de cuidados de saúde investigar e responder à carta que apresenta a pretensão do paciente, antes de a ação ser intentada, ele não altera os prazos de prescrição e caducidade que permitem (ou impedem) a propositura da ação, e se o paciente ultrapassar este prazo antes de intentar a ação, o prestador de cuidados de saúde pode invocar esse facto na sua defesa. Se, por outro lado, o paciente intentar a ação antes de cumprido o protocolo, para respeitar um prazo de caducidade ou prescrição, as partes devem dirigir ao tribunal um requerimento de suspensão dos autos até que o protocolo seja cumprido (Ponto 1.6.1 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”).

<sup>332</sup> Ponto 3.25 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

médicos pode apresentar uma proposta, que deve ser fundamentada em documentos, médicos ou outros, que ajudem o paciente a considerá-la seriamente<sup>333</sup>. Se a oferta de acordo realizada por uma das partes for recusada e, posteriormente, em ação intentada junto dos tribunais, for considerada justa, a parte que recusou a proposta fica sujeita a sanções aplicadas pelo juiz<sup>334</sup>.

### **4.3. As obrigações emergentes do Protocolo**

De uma forma genérica, o protocolo prescreve as seguintes obrigações para os prestadores de cuidados de saúde: os funcionários que lidam com as reclamações por negligência médica devem ter formação adequada, de forma a resolverem os litígios emergentes de acordo com as especificações do protocolo; os prestadores de cuidados de saúde devem assegurar que a prestação desses cuidados é realizada de acordo com as regras da prática aceites como válidas; devem ser instituídos sistemas que permitam a elaboração antecipada de relatórios dos incidentes que originaram resultados indevidos, que registem e investiguem o que falhou no tratamento do paciente; os dados recolhidos através do sistema anteriormente indicado, devem ser utilizados para melhorar os cuidados prestados; deve ser assegurado que todos os pacientes recebem informação clara e compreensível sobre a forma como devem apresentar as suas questões ou reclamações; os prestadores de cuidados de saúde devem estabelecer um sistema eficaz e eficiente de registo e armazenamento de processos dos clientes, e preservá-los de acordo com as indicações das autoridades de saúde; informar os pacientes sobre a existência de resultados indevidos e, quando requerido, fornecer uma explicação sobre o que aconteceu; os prestadores de cuidados médicos devem, ainda: informar quais as opções que o paciente tem e quais os procedimentos a seguir; quando adequado, oferecer o tratamento para retificação do problema; também quando adequado, pedir desculpa; informar os pacientes relativamente a alterações procedimentais que os possam beneficiar; quando adequado, o paciente deve ser compensado<sup>335</sup>.

Não é concebível que um prestador de cuidados de saúde investigue aprofundadamente sempre que é requerida uma cópia dos registos médicos de um paciente.

---

<sup>333</sup> Ponto 3.26 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>334</sup> DANGOOR, Margaret; “The Pre-action Protocol for the resolution of clinical disputes – Is the prescription good medicine?”; *Clinical Risk* (2001), n.º 7, 6

<sup>335</sup> DANGOOR, Margaret; “The Pre-action Protocol for the resolution of clinical disputes – Is the prescription good medicine?”, 3

No entanto, devem ser adotadas medidas que permitam identificar os casos que devem ser detalhadamente investigados<sup>336</sup>.

Geralmente, os incidentes suscetíveis de desencadear processos judiciais são fáceis de identificar. Incidentes graves ou onde o paciente ficou claramente descontente são os mais prováveis de resultar em litígio. Por isso, eles devem ser investigados o mais cedo possível, e, se possível, dirimidos antes do recurso aos tribunais<sup>337</sup>. Devem também ser investigados os casos sensíveis ou sujeitos a publicidade<sup>338</sup>.

Não devem ser considerados apenas aqueles litígios em que se pode falar em negligência médica. Mesmo perante queixas injustificadas, onde não seja possível conceber uma prestação negligente dos cuidados de saúde, os prestadores de cuidados médicos devem tentar resolver o descontentamento dos pacientes, nomeadamente através de esclarecimentos<sup>339</sup>.

O protocolo gera também obrigações para os pacientes, que devem: comunicar qualquer reclamação ou insatisfação ao prestador dos cuidados de saúde o mais rapidamente possível; considerar todas as opções disponíveis perante uma reclamação por um resultado indevido; informar o prestador de cuidados de saúde quando considerar que o seu problema está satisfatoriamente resolvido<sup>340</sup>.

Uma vez que um dos objetivos deste Protocolo é a resolução dos litígios de forma extrajudicial, o mesmo prescreve que as partes devem considerar meios alternativos de resolução de conflitos<sup>341</sup>, fornecendo, inclusive, no seu Ponto 5.2, uma lista não taxativa dos meios a que podem recorrer.

#### **4.4. Reflexões finais sobre o Protocolo**

A grande parte das queixas justificadamente apresentadas aos prestadores de cuidados de saúde pode (e deve, consideração nossa) ser resolvida através da negociação de um acordo vantajoso para as duas partes. Os acordos não têm que se restringir à compensação

---

<sup>336</sup> DANGOOR, Margaret; “The Pre-action Protocol for the resolution of clinical disputes – Is the prescription good medicine?”, 5

<sup>337</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”, 11

<sup>338</sup> DANGOOR, Margaret; “The Pre-action Protocol for the resolution of clinical disputes – Is the prescription good medicine?”, 5

<sup>339</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”, 12

<sup>340</sup> DANGOOR, Margaret; “The Pre-action Protocol for the resolution of clinical disputes – Is the prescription good medicine?”, 4

<sup>341</sup> Ponto 5.1 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

financeira, sendo admitida qualquer compensação que agrade a ambas as partes. Nestes casos, os meios alternativos de resolução de litígios oferecem a oportunidade ideal para a prestação de esclarecimentos e pedidos de desculpa e proporciona uma resolução dos litígios muito mais pacífica do que as conflituosas ações judiciais. Assim, ambas as partes obtêm um resultado mais satisfatório. Importa reforçar que quanto mais cedo forem utilizadas, mais eficazes serão os resultados das formas alternativas de resolução de litígios, especialmente quando a sua utilização ocorre antes da ação ser intentada,<sup>342</sup> como é objetivo deste Protocolo.

A generalidade dos queixosos prefere evitar o recurso aos meios judiciais, sempre que tal seja possível. O seu principal objetivo, na maioria dos casos, é que o prestador de cuidados de saúde assuma a sua responsabilidade, na primeira oportunidade, apresentando um pedido de desculpas e acompanhando os seus receios e preocupações relativamente às consequências do erro perpetuado. Por outro lado, muitos deles preferem evitar os riscos e incertezas associados a um processo judicial. Outro fator muito relevante são os gastos associados a qualquer ação judicial, preferindo os queixosos, na sua maioria, que todos os recursos sejam gastos na compensação e tratamento do lesado do que no recurso aos tribunais<sup>343</sup>.

Se, apesar de aplicarem o procedimento previsto neste Protocolo, as partes não conseguirem resolver o litígio, elas devem utilizar toda a informação obtida para rever as suas pretensões e as suas fundamentações<sup>344</sup>, e para cingir o litígio as questões verdadeiramente controvertidas.

Se, para a resolução do litígio, for necessária a propositura da ação, o tribunal pode requerer provas de que os meios alternativos de resolução de litígios foram considerados pelas partes. É comumente aceite que nenhuma parte pode ser obrigada a utilizar um destes meios, no entanto, se existir uma proposta de uma das partes para recorrer eles, e a outra parte ignorar, nem sequer respondendo, ou rejeitar injustificadamente, isso pode ser apreciado negativamente pelo tribunal no momento de distribuição dos custos do processo<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”, 13

<sup>343</sup> YOUNG, Magi; “The Clinical disputes Pre-action Protocol – is it working? A claimant’s solicitor’s perspective”, 43

<sup>344</sup> Capítulo 6 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

<sup>345</sup> Ponto 5.4 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”

O ponto 1.7 do protocolo prevê a possibilidade de o tribunal aplicar sanções à parte ou partes incumpridoras. Para a aplicação de sanções, o tribunal terá em conta a extensão do incumprimento, bem como os efeitos que o mesmo teve na parte contrária, sendo pouco provável que o tribunal sancione incumprimentos irrelevantes.

Note-se que este protocolo deve ser considerado no seio das restantes CPR, tendo em conta os “*overriding objectives*”, nomeadamente aquele segundo o qual a justiça deve ser, em primeira instância, alcançada entre as partes.<sup>346</sup>

Por outro lado, a palavra-chave no âmbito das ações por negligência médica é flexibilidade. O protocolo é apenas um meio para melhorar a resolução de litígios derivados de tratamentos médicos, mas na resolução destes litígios pelos tribunais, a flexibilidade deve estar sempre presente<sup>347</sup>, norteadada pelo alcance dos “*overriding objectives*”.

Sir Rupert Jackson<sup>348</sup>, num discurso sobre “*The Reform of Clinical Negligence Litigation*”<sup>349</sup>, destacou a necessidade de simplificação deste protocolo, nomeadamente, tendo em consideração a resistência que existe, neste tipo de ações, aos meios alternativos de resolução de litígios, e aos sistemáticos acordos tardios obtidos nestas matérias<sup>350</sup>.

#### **4.5. A Responsabilidade médica em Portugal**

Após estudarmos a aplicação do Protocolo para a resolução de disputas médicas no sistema inglês, cumpra agora ver como são processualmente encaradas as ações médicas em Portugal, nomeadamente da perspetiva de promoção dos acordos extrajudiciais.

Como primeira nota, refira-se que, apesar do Protocolo ter um âmbito de aplicação mais vasto, na perspetiva portuguesa encaramos apenas as ações por responsabilidade civil médica, ou seja, decorrentes de erro médico.

Como segunda nota, fazemos notar que as dificuldades sentidas são similares no sistema inglês e no sistema português. De facto, discorrendo sobre o sistema português de efetivação da responsabilidade médica, e em conclusões semelhantes às que foram retiradas do sistema inglês, já em 1995 por, Lord Woolf, ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA

---

<sup>346</sup> YOUNG, Magi; “The Clinical disputes Pre-action Protocol – is it working? A claimant’s solicitor’s perspective”, 43

<sup>347</sup> WOOLF, Lord; “Clinical negligence: what is the solution? How can we provide justice for doctors and patients?”, 141

<sup>348</sup> Rupert Matthew Jackson, foi juiz do *Court of Appeal*, entre 2008 e 2018.

<sup>349</sup> A reforma das ações de negligência médica (tradução livre da autora).

<sup>350</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 52-53

afirma: “*Quer os médicos, quer os pacientes veem o atual sistema de compensação do dano causado por atividades médicas como sendo lento, traumático e com graves custos sociais(...)*”<sup>351</sup>, e continua “*A litigância conduz à medicina defensiva*”<sup>352</sup>, à não aprendizagem com erro, à perda de empatia dos médicos com os seus doentes e a uma crescente frieza na relação médico-doente e ao aumento dos custos em saúde, com a prescrição de exames desnecessários.”<sup>353</sup>.

Por outro lado, traduzindo HERRING, o medo da litigância pode conduzir à aplicação de boas práticas: melhores registos médicos, relação mais correta com os pacientes, melhor comunicação e confirmação de todas as decisões<sup>354</sup>, que deveria, afinal, ser o objetivo de todos os sistemas que lidam com a responsabilidade médica.

Assim, em Portugal, perante a necessidade de recorrer a tribunal para resolução de um litígio derivado da relação médico-paciente, o paciente deve estar preparado para o difícil percurso que tem ainda que percorrer, adivinhando-se um processo demorado, dispendioso e com baixa probabilidade de sucesso, mais baixa do que na generalidade das ações por responsabilidade civil<sup>355</sup>. De facto, estima-se que, em Portugal, uma ação por responsabilidade médica dure, em média, oito anos<sup>356</sup>. Oito anos de um litígio onde todos os intervenientes e a própria sociedade saem prejudicados.

Já Lord Woolf afirmava, em 2000, que não é possível tolerar um sistema que não promove o alcance da justiça para ambas as partes: o paciente e o prestador de cuidados e saúde<sup>357</sup>.

Recorremos às palavras de FERNANDO MANUEL BARROSO CABANELAS para relatar as dificuldades que um paciente terá que superar para conseguir uma condenação por responsabilidade civil médica nos tribunais portugueses: “*Assim, e excluindo da análise os casos óbvios e que terminam sem uma intervenção judicial, vemos que quando o paciente chega a tribunal teve já de enfrentar uma série de obstáculos não menosprezáveis: teve suportar o desgaste psicológico decorrente daquilo que o leva a tribunal e de uma entrada*

---

<sup>351</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 92

<sup>352</sup> Práticas médicas realizadas apenas com o objetivo de evitar ações de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma ação ser proposta. (PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 93)

<sup>353</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 93

<sup>354</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 101

<sup>355</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 105

<sup>356</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 103

<sup>357</sup> WOOLF, Lord; “Clinical negligence: what is the solution? How can we provide justice for doctors and patients?”, 144

*em confronto com alguém ou alguma entidade que, a esmagadora maioria das vezes, tem um poder económico e científico assaz mais expressivo; teve de constituir um advogado que pode ou não estar identificado com as especificidades jurídicas desta matéria; teve de obter parecer médico que sustente a sua posição sobre a ilicitude da conduta que pretende imputar ao médico alegadamente incumpridor, parecer esse que tem de ser obtido entre os pares de profissão, o que no caso de especialidades médicas restringe ainda mais o círculo de pessoas dispostas a dar tal parecer; tem de suportar elevadas custas judiciais; tem de sujeitar-se no decurso do processo a mais e dispendiosas perícias médicas; tem de sujeitar-se ao parecer dos Conselhos de Especialidade da Ordem dos Médicos, cuja demora é proverbial. Tem de ver o seu caso submetido a julgamento perante advogados e juízes pouco ou nada identificados com estas questões e afundados em processos, e que ficam inevitavelmente reféns dos pareceres médicos, e à mercê de um hipotético corporativismo em que o carácter técnico e o hermetismo das questões anulam qualquer juízo crítico. Tem ainda de suportar na parte contrária uma organização que, depositária do conjunto de atos complexos que foram praticados, diluídos por vários intervenientes, e não prescindindo de um advogado experiente, como impõe o seu estatuto económico, coadjuvada pelas seguradoras intervenientes acessórias, cria a dúvida bastante necessária ao preenchimento do artigo 414.º do Código de Processo Civil, nomeadamente quanto ao pressuposto da ilicitude decorrente da (in)observância das *leges artis*, o que fere de morte a pretensão do alegado lesado. Admitindo que este tenha sobrevivido, apesar de tudo, a todo o calvário anterior, resta-lhe a derradeira via-sacra: mais despesas com os inevitáveis recursos, a espera por mais alguns anos e o acumular do desgaste. E se ganhou o processo, apenas vai reaver em sede de custas de parte uma pequena parte do que gastou com o seu advogado, nos termos do artigo 26.º, n.º 3, c), do Regulamento das Custas Processuais, pelo que terá de deduzir o remanescente das magérrimas indemnizações que a tradição jurisprudencial fixa.”<sup>358</sup>.*

Assim, por um lado, os pacientes ficam sujeitos a todas as despesas inerentes ao processo judicial, nomeadamente honorários de advogados e de peritos, veem a sua intimidade e privacidade expostas publicamente e ficam impossibilitados de receber atempadamente uma indemnização de que, muitas vezes, necessitam para fazer face a

---

<sup>358</sup> CABANELAS, Fernando Manuel Barroso; “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, (2018), ano 15, n.º 29, 109

despesas médicas geradas pelo próprio erro médico que originou o processo em primeiro lugar<sup>359</sup>.

Por outro lado, os médicos estão sujeitos, não só à humilhação de verem a sua ação questionada e escortinada num processo judicial, como a todo o stress que, pessoal e profissionalmente, advém destes processos, e à ansiedade de saber que pode, ainda, ser acionado um processo-crime contra si<sup>360</sup>.

Fica, também, prejudicada a presente e possíveis futuras relações médico-doente<sup>361</sup>, cuja manutenção é essencial para a qualidade do sistema de saúde e que consubstancia, também, uma das finalidades da responsabilidade civil médica em Portugal, juntamente com as finalidades ressarcitória, preventiva e de justiça<sup>362</sup>.

A sociedade, por seu lado, sente que a credibilidade, quer do sistema de saúde, quer do sistema judicial, é minada por estes processos.

#### **4.5.1. O princípio da igualdade das partes nas ações de responsabilidade civil médica**

Importa notar que as ações de responsabilidade civil médica apresentam uma característica que não se reconhece em ações com outro tipo de responsabilidade civil: existe uma discrepância tremenda entre a informação detida pelo paciente, por um lado, e pelo médico, pelo outro, considerando, particularmente a falta de conhecimentos técnicos daquele primeiro e que a prova pericial, tantas vezes fundamental para a instrução nestas ações, é difícil de obter, uma vez que os peritos, por serem, também eles, médicos, se remetem ao silêncio, impedindo o esclarecimento dos factos<sup>363</sup>. Assim, para além da demora e das elevadas despesas associadas a este tipo de processos judiciais, o paciente depara-se com imensas dificuldades na prova do incumprimento dos deveres objetivos de cuidado, da culpa e do nexo de causalidade<sup>364</sup>. Perante isto, é essencial garantir a igualdade de informação entre as partes, pois só assim é possível assegurar um processo justo. Lembramos que, também no sistema inglês, um dos objetivos do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*” é, precisamente, permitir a troca adequada de informações entre o

---

<sup>359</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 105

<sup>360</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 105

<sup>361</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 105

<sup>362</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 87-88

<sup>363</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 831-832

<sup>364</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 777-778

paciente e o prestador de cuidados de saúde, para obstar a esta desigualdade informativa, tão característica destes processos, lá como cá.

Por outro lado, os próprios tribunais são, por vezes, excessivamente exigentes com a prova que pretendem que o paciente produza, dificilmente ficando satisfeitos com factos por este alegados<sup>365 366</sup>.

O Código de Processo Civil português consagra, no seu artigo 4.º, o princípio da igualdade das partes: “*O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.*”

No sistema português existem vários institutos que tem como finalidade garantir a igualdade entre as partes no processo, nomeadamente a prova *prima facie* e a facilitação da inversão do ónus da prova<sup>367</sup>.

Na prova *prima facie* a culpa do médico presume-se se o dano se traduzir num facto excepcional de acordo com o normal suceder dos acontecimentos e com as máximas da experiência, de tal modo que o dano revele indubitavelmente a inadequação dos meios empregues ou a falta de diligência, segundo o estado da ciência e as circunstâncias do tempo e lugar em que ocorreu<sup>368</sup>. Trata-se de uma presunção judicial<sup>369</sup>, que aligeira o ónus de prova do paciente sem, no entanto, o exonerar da restante atividade probatória<sup>370</sup>, e que não deve ser generalizada, pressupondo uma avaliação casuística<sup>371</sup>.

Relativamente à facilitação da inversão do ónus da prova, podemos adiantar alguns exemplos: nos casos em que o médico não cumpre o seu dever de documentar toda a atividade clínica e terapêutica ou o cumpre de forma defeituosa, o ónus da prova inverte-se a favor do paciente, na medida em que as dificuldades de esclarecer a matéria de facto não possam ser ultrapassadas por causa da falta de documentação<sup>372</sup>; perante a ocultação ou

---

<sup>365</sup> Tem-se apercebido uma inversão nesta tendência, e cada vez mais os tribunais se arrisquem a pecar pelo excesso em sentido contrário (RAPOSO, Vera Lúcia; *Do ato médico ao problema jurídico*; reimpressão, Almedina, Coimbra, 2018, 98).

<sup>366</sup> RAPOSO, Vera Lúcia; *Do ato médico ao problema jurídico*, 98

<sup>367</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 780

<sup>368</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 780-781

<sup>369</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de; SOUSA, Luís Filipe Pires de; “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, *Data Venia*, (junho 2018), ano 6, n.º 08, 14

<sup>370</sup> MATOS, Filipe de Albuquerque; “Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, (2014), ano 11, n.º 21-22, 27

<sup>371</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 780-781

<sup>372</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 784

destruição de meios de prova (por exemplo, o processo clínico, uma história clínica ou um resultado de um exame ou uma parte do processo) que impossibilite ou dificulte a produção de prova, o tribunal pode inverter o ónus da prova, nos termos do n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil, dando como provadas as alegações do paciente<sup>373</sup>.

O objetivo da aplicação desta norma aqui é evitar que aqueles documentos desapareçam, sejam destruídos ou alterados, uma vez que a demonstração da pretensão do paciente lesado depende, em boa medida, do seu conteúdo<sup>374</sup>.

Os contributos da doutrina e da jurisprudência vão no sentido de compreender que há situações em que a prova é inexigível ao autor da ação e que, pelo contrário, o médico, enquanto réu da ação, tem todas as condições para provar que não violou as *leges artis* ou que não houve causalidade<sup>375</sup>.

Do ponto de vista estritamente probatório, parece mais razoável fazer incidir o ónus da prova da culpa sobre o médico, já que este dispõe dos conhecimentos técnico-científicos necessários para ilidir a presunção de culpa, sendo mais fácil para si afastá-la do que para o paciente demonstrar a culpa do profissional de saúde<sup>376</sup>.

A dificuldade em fazer prova de certos factos tornou as presunções um imprescindível mecanismo particularmente útil nos processos de responsabilidade médica, em virtude da quase total impossibilidade de o paciente fazer prova de certos factos<sup>377</sup>.

Note-se que estamos perante uma atividade particularmente especializada, onde as provas dos requisitos da responsabilidade civil implicam alguma profundidade no conhecimento das *leges artis*<sup>378</sup>.

Para além da necessidade de complexos conhecimentos técnico-científicos, o médico é também aquele que está em melhores condições de provar o não preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que conhece o paciente, o seu processo

---

<sup>373</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 785

<sup>374</sup> RAPOSO, Vera Lúcia; *Do ato médico ao problema jurídico*, 109

<sup>375</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 190

<sup>376</sup> MATOS, Filipe de Albuquerque; “Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica”, 24

<sup>377</sup> RAPOSO, Vera Lúcia; *Do ato médico ao problema jurídico*, 98

<sup>378</sup> MATOS, Filipe de Albuquerque; “Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica”, 27

clínico, a razão de terem sido prescritos determinados medicamentos e/ou tratamentos em alternativa a outros<sup>379</sup>.

Reconhece-se que garantir a igualdade entre as partes em termos de prova permite alcançar resultados mais justos. Isto não deve implicar, nas palavras de ANDRÉ CONÇALO DIAS PEREIRA, “*a condenação automática do médico, mas não nos podemos resignar à frequente absolvição dos mesmos, por imposição de uma carga probatória “diabólica” sobre os doentes*”<sup>380</sup>.

Por um lado, a prática de atos médicos encerra uma exigente complexidade científica, quer ao nível da linguagem hermética, quer ao nível dos conhecimentos técnicos altamente especializados que implica. Por outro lado, o ato médico não costuma ser um ato isolado, estando, pelo contrário, inserido numa sequência de atos, que pode dificultar o isolamento do facto determinante para o dano. Consequentemente, muitas vezes surge a necessidade de recorrer a outros profissionais da mesma área para avaliar a atuação médica<sup>381</sup>. Segundo FERNANDO MANUEL BARROSO CABANELAS: “*Por razões éticas, deontológicas, ou até corporativas, é extraordinariamente difícil, salvo casos de ostensivo erro médico, conseguir fazer a prova de tal atuação ilícita fundada na opinião de outros médicos que ponham em causa a atuação de um seu colega de profissão.*”<sup>382</sup>.

É, assim, reconhecida a fragilidade da posição processual do paciente, por um lado porque, não tendo formação médica não dispõe de conhecimentos adequados e, por outro lado, porque não disporá dos registos necessários (e, possivelmente, da colaboração de outros médicos) para cabal demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil do médico<sup>383</sup>, réu na ação. Esta posição de fragilidade deriva, assim, da dificuldade inerente à atividade probatória com que o paciente se depara<sup>384</sup> e são estas dificuldades que, muitas vezes, provocam a improcedência dos pedidos indemnizatórios. Nestes casos, “*a absolvição do demandado não se justifica pelo facto de a factualidade existente não ser assimilada pelo âmbito de relevância hipotético do instituto da responsabilidade civil, mas é determinada*

---

<sup>379</sup> CABANELAS, Fernando Manuel Barroso; “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, 96

<sup>380</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 791

<sup>381</sup> CABANELAS, Fernando Manuel Barroso; “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, 96

<sup>382</sup> CABANELAS, Fernando Manuel Barroso; “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, 96

<sup>383</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de; “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, 7-8

<sup>384</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda; “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”; *Cadernos de Direito*, n.º 38; (abril/junho 2012), 17

*pele facto de não ser possível apurar concretamente qual a verdade material e resulta do funcionamento das regras probatórias*”<sup>385</sup>.

Por isso é que é muito importante nas ações médicas, sendo também assegurado no sistema inglês, o acesso ao processo clínico do paciente.

#### **4.5.2. O processo clínico**<sup>386</sup>

O processo clínico, para além de ser essencial para assegurar a transparência da atividade médica, é decisivo para a facilidade da prova produzida pelo paciente, sendo-lhe, inclusive, conferida uma presunção *iuris tantum* de veracidade.<sup>387</sup> No entanto, não se lhe deve reconhecer um carácter absoluto e incontestável, devendo o mesmo ser avaliado dentro da globalidade da prova apresentada em juízo<sup>388</sup>.

Se o paciente quiser socorrer-se desses documentos, nomeadamente do seu processo clínico, pode requerer ao tribunal que notifique o médico para apresentar esses documentos nos autos, conforme previsto no n.º 1 do artigo 429.º do Código de Processo Civil. Se o médico se recusar a juntar os documentos requeridos, o tribunal pode, nos termos do artigo 430.º do Código de Processo Civil, valorar livremente a recusa em termos probatórios, podendo mesmo dar como provados os factos que o paciente pretendia demonstrar através daqueles documentos<sup>389</sup>. Tal recusa, em regra, é valorada no sentido de que o médico, réu na ação, receia o resultado daquela diligência probatória. Por força da inversão do ónus da prova, passa a ser o réu a suportar o risco da falta de prova dos factos cuja prova incumbia originariamente ao autor<sup>390</sup>.

#### **4.5.3. O estado d’arte da responsabilidade civil médica em Portugal**

Apesar de existir alguma proteção processual do paciente<sup>391</sup>, pelo menos formalmente consagrada, temos igualmente que reconhecer, por um lado, que ela nem

---

<sup>385</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda; “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, 21-22

<sup>386</sup> Não ingressaremos, aqui, nos problemas que o acesso ao processo clínico levanta, nomeadamente, quem lhe pode aceder ou a quem pertence a propriedade do mesmo, referindo-nos apenas às suas vantagens processuais.

<sup>387</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 606

<sup>388</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 604

<sup>389</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 615

<sup>390</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de; “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, 17-18

<sup>391</sup> E mesmo alguma proteção substantiva, nomeadamente as presunções, matéria sobre a qual não nos debruçaremos, por considerarmos que extravasa o âmbito deste trabalho e que o alongaria desnecessariamente.

sempre é aplicada na prática e que, por outro lado, todos os meios empregues no sistema português para a resolução de conflitos derivados de negligência médica são meios processuais, ou seja, implicam que tenha sido já intentado uma ação de responsabilidade civil médica, existindo muitos poucos mecanismos pré-processuais ou incentivos à resolução extrajudicial dos litígios.

Em 2017, o Juiz Desembargador JOÃO RAMOS DE SOUSA, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 26-04-2017, no âmbito do processo 1447/12.5TVLSB.L1-1, discorreu da seguinte forma, que subscrevemos: “*Em matéria de responsabilidade civil por atos médicos, Portugal acha-se ainda na Idade da Pedra, pois passaram totalmente ao lado do legislador todas as questões que suscitaram um intenso debate jurídico e social no mundo capitalista avançado.*”<sup>392</sup>. Seguimos esta ideia nomeadamente no que concerne à consideração e ao incentivo da resolução deste tipo de litígios de forma extrajudicial, que, para além do tempo e dinheiro que pouparia aos pacientes e aos prestadores de cuidados de saúde, proporcionaria uma solução muito mais adequada e satisfatória para os interesses de ambas as partes, ao mesmo tempo que promovia a restituição e manutenção da relação médico-paciente.

Apesar disto, as vantagens da resolução extrajudicial dos litígios são reconhecidas e aclamadas. Reconhece-se, nomeadamente, o seu carácter apaziguador, e a sua eficiente obtenção de resultados, quando comparada com as ações de responsabilidade civil médica. Por outro lado, esta resolução, que passa muitas vezes pelo recurso a meios alternativos de resolução de litígios, como a arbitragem, a conciliação e a mediação, permite a manutenção da relação médico-paciente e restaura a confiança nas instituições<sup>393</sup>.

Assim, o recurso a meios alternativos de resolução de litígio e, conseqüentemente, a resolução extrajudicial dos mesmos, deve ser incentivado e, até, promovido. No entanto, para o nosso sistema processual civil existe, ainda, um longo percurso pela frente. MAFALDA MIRANDA BARBOSA afirma que “*há ainda um longo caminho a percorrer quando se trata de salvaguardar os direitos dos pacientes lesados*”<sup>394</sup>. Até lá, são, sobretudo, os pacientes lesados que continuam a sofrer com os inconvenientes de uma tão conflituosa e adversarial forma de resolução dos litígios por responsabilidade civil médica.

---

<sup>392</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 26-04-2017, no âmbito do processo 1447/12.5TVLSB.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>

<sup>393</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, 863-865

<sup>394</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda; “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, 14

\*

Terminámos, assim, a análise de um dos institutos do sistema inglês que nos propusemos a estudar. Prosseguimos, agora, para o segundo instituto integrante da nossa proposta: a “*pre-action disclosure*”.

Este instituto, de forma simplista, permite às partes ter acesso a documentos relevantes para o litígio que estejam na posse da contraparte, antes de a ação ser intentada nos tribunais. No entanto, para podermos perceber em que consiste a “*pre-action disclosure*”, revela-se necessária uma incursão pela “*disclosure*”, que regula a troca de documentos relevantes entre as partes no decorrer da ação, para, assim, compreendermos como é que este instituto pode ser utilizado antes de iniciado o processo judicial e, até, como forma de o evitar. Assim, começaremos por fazer uma aproximação ao sistema da “*disclosure*”, para depois analisarmos a “*pre-action disclosure*”, que se traduz, no fundo, na aplicação daquele primeiro instituto na fase pré-processual.

## 5. “*Disclosure*”

Um dos traços mais distintivos do sistema processual civil inglês sempre foi o processo de “*discovery*”, através do qual as partes podiam ver os documentos umas das outras numa fase inicial da ação. Apesar deste instituto estar hoje conformado em moldes um pouco diferentes, o seu objetivo principal mantém-se: permitir o acesso antecipado das partes a documentos relevantes para a causa que estejam na posse da outra parte ou de terceiros<sup>395</sup>.

Atualmente, este instituto tem o nome de “*disclosure*”.

A “*disclosure*” surgiu com as CPR de 1998, após os relatórios de Lord Woolf constatarem que o instituto anterior se traduzia num exercício demasiado complexo, demorado e dispendioso, muitas vezes produzindo pouca utilidade probatória<sup>396</sup>. No sistema anterior, o dever de divulgar ou não um documento era aferido pelo teste conhecido como “*Peruvian Guano*”<sup>397</sup>, que obrigava as partes a divulgar todos os documentos que tivessem na sua posse ou sob o seu controlo que estivessem relacionados com o litígio, ainda que remotamente. A

---

<sup>395</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 718

<sup>396</sup> GRAINGER, Ian; FEALY, Michael; SPENCER, Martin; *The civil procedure rules in action*, 87

<sup>397</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 734

definição de documento relevante era muito abrangente. Quanto mais nos afastamos de documentos com uma ligação direta ao litígio, mais difícil se torna que esse documento tenha uma contribuição substancial para a sua resolução<sup>398</sup>. Muitas vezes, a divulgação e inspeção destes documentos dava azo à chamada “*fishing expedition*” e permitia a sua utilização como forma de pressão para a realização de acordos desvantajosos para uma das partes<sup>399</sup>.

Mais do que clarificar, uma quantidade absurda de documentação, muitas vezes sem qualquer relevância palpável para o caso em apreço, toldava a descoberta da verdade, complicando a causa e confundindo o tribunal. Assim, o controlo do processo de divulgação dos documentos era essencial, não apenas por questões de economia processual, mas também, e acima de tudo, por questões atinentes com a descoberta da verdade<sup>400</sup> e a aplicação da justiça.

Nos sistema anterior, muitas vezes, ocorriam litígios paralelos, relativamente ao objeto e à forma de proceder à divulgação de todos os documentos, que eram, eles próprios, fonte de mais despesas e mais atrasos processuais<sup>401</sup>.

Uma das principais críticas apresentadas por *Lord Woolf* no seu relatório foi que a avaliação das partes sobre a sua pretensão judicial ocorria numa fase tardia dos processos, o que provocava acordos feitos apenas na audiência de julgamento. Assim o processo decorria na totalidade, de forma desnecessária, o que se traduzia na utilização infrutífera de recursos dos tribunais, a perda de tempo das partes e do próprio tribunal e o aumento das despesas<sup>402</sup>.

As alterações efetuadas no instituto da “*discovery*”, hoje “*disclosure*”, pela entrada em vigor das CPR, pretenderam obstar aos excessos e desperdícios, de tempo, dinheiro e recursos, perpetuados ao abrigo do regime antigo, mantendo, no entanto, as principais vantagens que a divulgação mútua de documentos entre as partes acarreta<sup>403</sup>. O objetivo é que as partes de um litígio cooperem entre si e comuniquem os elementos principais das suas posições, mesmo antes do processo ter início<sup>404</sup>.

Atualmente, “*disclosure*” é a fase processual onde a cada parte é pedido que recolha, compile e apresente à outra parte (normalmente através de uma lista) os documentos

---

<sup>398</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 719-720

<sup>399</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 255

<sup>400</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 720

<sup>401</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 720

<sup>402</sup> EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”, 11

<sup>403</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 720

<sup>404</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 756

que, existindo ou tendo existido, devem ser divulgados<sup>405</sup>, por serem relevantes para a disputa. Esta é uma parte muito importante do processo civil inglês, e deve ser efetuada com bastante cuidado, uma vez que pode ser determinante para o resultado da ação<sup>406</sup>.

Em muitos casos, os acordos são atingidos logo após a “*disclosure*”, seja porque as partes ficam mais conscientes da força do seu caso e da posição da parte contrária<sup>407</sup>, seja porque a perspectiva de divulgar certos documentos pode levar a parte a procurar um acordo prévio<sup>408</sup>.

O acesso a documentos relevantes que estejam na posse da outra parte ou de terceiros efetiva o princípio da igualdade de armas e contribui para a descoberta da verdade, enquanto reduz a desigualdade informativa e de recursos. Isto é particularmente importante nas ações contra grandes empresas, onde os particulares estão em clara desvantagem. O acesso das partes a todos os documentos relevantes, mesmo aqueles que estejam na posse da outra parte ou de terceiros, permite, por outro lado, garantir que o tribunal tem acesso a todas as provas relevantes e que, conseqüentemente, consegue determinar a verdade, decidindo justamente a causa<sup>409</sup>. Estes são os principais objetivos deste instituto, aos quais se juntam mais dois: promover a cooperação e conseqüente acordo entre as partes na resolução do litígio e evitar que uma das partes fique prejudicada na sua defesa por ser surpreendida, na audiência de julgamento, por informações ou documentos, deliberadamente omitidos até então<sup>410</sup>.

Hoje, a o instituto da “*disclosure*” está regulada na Parte 31, justamente com o direito de inspeção de documentos.

---

<sup>405</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, disponível em: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/disclosure-of-documents-in-civil-proceedings-in-england-and-wales>, 1

<sup>406</sup> LIM, Mark; “A guide to the litigation process”, disponível em: <https://www.lewissilkin.com/en/insights/a-guide-to-the-litigation-process>, 8

<sup>407</sup> LIM, Mark; “A guide to the litigation process”, 8

<sup>408</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, 1

<sup>409</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 718

<sup>410</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 245

## **5.1. Aspectos gerais da divulgação de documentos no sistema inglês – A Parte 31 das CPR**

### **5.1.1. Definição de documento e de cópia**

A *Rule* 31.4 das CPR consagra aquilo que se entende por documento e por cópia para efeitos de aplicação das regras da Parte 31. Documento é qualquer meio onde informação de qualquer tipo está guardada. Cópia é qualquer meio para onde tenha sido copiada, seja direta, seja indiretamente, a informação presente num qualquer documento.

A definição de documento apresentada nesta norma é muito mais ampla do que o significado comum atribuído à palavra, não estando limitada a documentos em papel e incluindo fotografias, vídeos, discos internos, CD's, etc.<sup>411</sup>.

Os documentos digitalmente armazenados são, geralmente, considerados individualmente, sendo incomum que o dispositivo eletrónico que contém a informação seja considerado como um único documento. Tal consideração provocaria a divulgação de um elevado número de documentos sem qualquer relevância para a causa<sup>412</sup>.

Em relação às cópias, a *Rule* 31.9 estatui que se de um documento existirem várias cópias só uma delas precisa de ser divulgada, no entanto, se todas ou algumas dessas cópias foram, de qualquer forma, alteradas, elas devem ser tratadas como documentos individuais.

Da lista de documentos deve sempre constar a identificação do documento original. Se, por qualquer motivo, o documento listado for a cópia, a parte contrária pode requerer ao tribunal a inspeção do documento original, que autorizará se existir uma razão legítima e atendível.<sup>413</sup>

### **5.1.2. O dever de “disclosure”**

A “disclosure” consiste na divulgação, pela parte, de um certo documento ou de um conjunto de documentos, normalmente através de uma lista. Para isso, a parte deve declarar que um dado documento existe ou existiu<sup>414</sup>.

Quando um processo é iniciado no tribunal ou quando as partes estejam conscientes da possibilidade de tal acontecer, elas têm o dever de preservar e impedir a destruição de documentos que possam ter de ser divulgados no processo. O incumprimento deste dever ou

---

<sup>411</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 426

<sup>412</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 723

<sup>413</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 730

<sup>414</sup> *Rule* 31.2 das CPR

uma inadequada divulgação de documentos, seja ou não propositada, pode originar censura judicial, sanções financeiras e até consequências negativas para a posição processual da parte<sup>415</sup>. Se já não for possível um julgamento justo da lide, o caso pode ser arquivado ou julgado contra a parte prevaricadora<sup>416</sup>.

Atualmente, a “*disclosure*” não é automática, estando dependente se uma ordem do tribunal. Quando uma parte recebe ordem para divulgar documentos, se mais nada for dito pelo tribunal, a parte deve proceder à “*standard disclosure*”<sup>417</sup>. No entanto, o tribunal tem o poder de dispensar por completo a “*disclosure*” e para diminuir ou ampliar o seu âmbito. Por outro lado, as próprias partes podem acordar entre si a exclusão do dever de “*disclosure*”, bem como a sua limitação ou extensão. Ambas as possibilidades estão expressas nas alíneas da *Rule 31.5(1)* das CPR.

Quer as partes, quer terceiros<sup>418</sup>, apenas são obrigados a divulgar os documentos relevantes para a causa se e na medida em que o tribunal o determine. Assim, o tribunal tem o poder para monitorizar e controlar, em cada caso concreto, a divulgação de documentos<sup>419</sup>.

Segundo o estabelecido na *Rule 31.8*, o dever de “*disclosure*” limita-se aos documentos que estão ou estiveram sob o controlo da parte. No segundo parágrafo desta norma é concretizado o significado de um documento estar ou ter estado sob o controlo da parte. A parte tem ou teve o documento sob o seu controlo se: (a) está ou esteve na sua posse física; (b) tem ou teve direito a possuí-lo; ou (c) tem ou teve direito a inspecioná-lo ou a tirar cópias. O documento considera-se estar ou ter estado sob o controlo da parte mesmo quando o exercício destes direitos dependa de requerimento a uma entidade administrativa, e independentemente de a parte os ter ou não exercido<sup>420</sup>.

Note-se que o dever de “*disclosure*” se cumpre declarando que um documento existe ou existiu, por isso, o facto de o documento estar na posse de outra pessoa ou já não existir não retira à parte o dever de o divulgar<sup>421</sup>.

Os representantes legais das partes têm, eles próprios, a responsabilidade de garantir que os seus clientes cumprem o dever de divulgar documentos relevantes. Assim, devem

---

<sup>415</sup> LIM, Mark; “A guide to the litigation process”, 9

<sup>416</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, 2

<sup>417</sup> *Rule 31.5(1)* das CPR

<sup>418</sup> Estudaremos, posteriormente, a divulgação de documentos por parte de terceiros.

<sup>419</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 724

<sup>420</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 728

<sup>421</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 426

garantir que estes conhecem e compreendem a obrigação de divulgar todos os documentos que forem e da forma que for determinada pelo tribunal ou acordada entre as partes, evitando que estas ocultem, destruam ou permitam o perecimento de documentos que deveriam divulgar<sup>422</sup>.

A divulgação de documentos relevantes entre as partes, num momento antecipado do processo, permite que cada parte tenha acesso a toda a informação relevante sobre a matéria controvertida, promove a igualdade no acesso à informação, facilita a obtenção de acordos vantajosos para ambas as partes, e evita que uma das partes seja surpreendida, na audiência de julgamento, por informações ou documentos que desconhecia<sup>423</sup>.

A Parte 31.11 estabelece que o dever divulgação de documentos relevantes se prolonga durante todo o processo. São, por isso, admitidas listas suplementares de documentos. Se, no decorrer do processo, chegarem ao conhecimento da parte documentos que ela tem o dever de divulgar, ela deve fazê-lo imediatamente, notificando a parte contrária ou o seu mandatário.

## 5.2. “*Standard disclosure*”

A parte 31 das CPR introduziu uma abordagem mais restrita no que concerne à troca de documentos entre as partes. O teste da “*standard disclosure*” introduzido por Lord Woolf foi uma tentativa de conciliar proporcionalmente o processo com a natureza e o valor da ação<sup>424</sup>, combinando a relevância dos documentos, com a sua utilidade probatória e com os custos e complexidade que envolve a sua divulgação<sup>425</sup>.

Segundo a *Rule 31.6*, a “*standard disclosure*” consiste na divulgação de três tipos de documentos: (a) os documentos nos quais a parte sustenta a sua pretensão; (b) os documentos que: (i) prejudicam a sua pretensão; (ii) prejudicam a pretensão da parte contrária; ou (iii) sustentam a pretensão da parte contrária; e (c) os documentos cujo dever de divulgação deriva de uma “*practice directions*” relevante.

---

<sup>422</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 727

<sup>423</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 56

<sup>424</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 246

<sup>425</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 734

Pretende-se que a divulgação de documentos seja limitada àqueles que serão, efetivamente, pertinentes para a resolução do litígio, excluindo-se aqueles cuja relevância para os mesmos fins seja diminuta<sup>426</sup>.

Muitas vezes, e considerando que a disclosure ocorre numa fase inicial do processo judicial, é difícil avaliar a relevância de um determinado documento, particularmente se esse documento apoia ou prejudica a pretensão da parte contrária, uma vez que é necessário, para uma correta avaliação, um conhecimento profundo da perspectiva da contraparte, que muitas vezes não existe na fase inicial do processo. No entanto, o dever de divulgação de documentos é, como já vimos, um dever contínuo. Destarte, se no decorrer do processo judicial uma das partes compreender que um documento que havia considerado irrelevante, na verdade, apoia a pretensão da parte contrária, está obrigada a divulgar esse documento, ainda que tardiamente<sup>427</sup>.

Por outro lado, o tribunal pode ordenar uma divulgação faseada dos documentos, ao abrigo da *Rule* 31.13 das CPR.

As partes estão obrigadas a divulgar os documentos que é possível identificar ou localizar através de uma pesquisa realizada de forma razoável, sob pena de o tribunal aplicar sanções nos termos da *Rule* 44.3 das CPR<sup>428</sup>.

A *Rule* 31.7(2)<sup>429</sup> densifica este dever de procura razoável dos documentos, consagrando os critérios que devem ser usados para avaliar a razoabilidade da procura: o número de documentos envolvidos, a natureza e a complexidade da ação, a dificuldade e os custos da procura e a importância do documento no processo. O tribunal pode ainda ter em conta a posição financeira de cada parte e a igualdade entre as partes<sup>430</sup>. No seu terceiro parágrafo, a norma estabelece que uma parte não está obrigada a procurar um documento ou uma dada categoria de documentos se não achar razoável fazê-lo, desde que indique que documentos são esses e justifique a sua posição<sup>431</sup>.

---

<sup>426</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 734

<sup>427</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 736

<sup>428</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 734

<sup>429</sup> “(2) *The factors relevant in deciding the reasonableness of a search include the following –*

*(a) the number of documents involved;*

*(b) the nature and complexity of the proceedings;*

*(c) the ease and expense of retrieval of any particular document; and*

*(d) the significance of any document which is likely to be located during the search.” (Rule 31.7(2) das CPR)*

<sup>430</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, 6

<sup>431</sup> Esta informação deve ser vertida na “*disclosure statement*”, discriminando o documento ou documentos em causa, tal como referido na *Rule* 31.7(3) das CPR.

É o tribunal que vai decidir, em última instância, se existe ou não razoabilidade na procura dos documentos indicados. Mais uma vez, o tribunal pode exercer a sua discricionariedade dentro da prossecução dos “*overriding objectives*”, tendo, muitas vezes, que conciliar a sua conflituosidade, nomeadamente quando a igualdade entre as partes aconselha a que uma parte tenha acesso a todos os documentos relevantes na posse da outra parte, mas tal seja contrário à eficiência e à proporcionalidade na gestão do caso<sup>432</sup>.

A *Rule 31.10* das CPR, complementada com as “*Practice Direction 31A – Disclosure And Inspection*” (doravante “*Practice Direction 31A*”), descreve o procedimento que se deve seguir para proceder à “*standard disclosure*”: a parte deve elaborar uma lista com os documentos a divulgar e entregá-la à parte contrária. Segundo o terceiro parágrafo daquela norma, os documentos devem estar convenientemente ordenados e cada um deles (ou cada categoria) deve apresentar uma pequena descrição.

A *Rule 31.10(4)* impõe que a parte, ao apresentar a lista dos documentos que devem ser divulgados, indique aqueles documentos sobre os quais alega um direito ou um dever de impedir a inspeção e aqueles que já não se encontram sob o seu controlo e o que lhes aconteceu. No entanto, estes documentos devem, ainda assim, constar da lista. Nos casos em que a parte se opõe à inspeção, a descrição, apesar de ser obrigatória, deve ser breve, tendo o cuidado de não fornecer elementos sobre o seu conteúdo, sob pena de pôr em causa a *ratio* do próprio instituto que permite a oposição à inspeção de determinados documentos<sup>433</sup>, conforma estudaremos *infra*.

Nos restantes documentos, a descrição deve expor informação sobre o seu conteúdo, sem, no entanto, ser uma cópia resumida do mesmo. A informação deve ser a adequada para que a outra parte possa decidir se pretende, ou não, inspecionar o documento.<sup>434</sup>

Para proceder à “*standard disclosure*” a parte deve preencher o formulário N265, que está dividido em três secções. Na primeira secção, a parte que procede à “*disclosure*” indica os documentos que tem sob o seu controlo e dos quais não pretende impedir a inspeção. Na segunda secção são indicados os documentos que estão no seu controlo, mas

---

<sup>432</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 735

<sup>433</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 736-737

<sup>434</sup> ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 737

sobre os quais alega ter o direito ou dever de impedir a inspeção. Na terceira secção, são indicados os documentos que a parte já não tem sob o seu controlo<sup>435</sup>.

### 5.3. “*Disclosure statement*”

A *Rule* 31.10(5) das CPR estabelece que a lista de documentos a divulgar deve incluir uma “*disclosure statement*”, ou seja, explica o parágrafo seguinte, uma declaração feita pela parte que esclarece qual a extensão da busca levada a cabo para localizar os documentos cuja divulgação é necessária e certifica que a parte entende o dever de proceder à “*disclosure*” e que cumpriu esse dever o melhor que sabia e podia. Esta norma é completada pelo parágrafo 4.2 da “*Practice Direction 31A*”, que determina que a parte deve, ainda, declarar que a procura pelos documentos foi realizada de forma razoável, dentro das circunstâncias concretas do caso<sup>436</sup>, explicitando, no caso de não ter procurado determinado documento ou categoria de documentos, que documento ou documentos foram esses e explicar o motivo de não os ter procurado. A declaração deve ainda dizer, quando aplicável, os documentos, categorias de documentos ou partes dos documentos, sobre os quais a parte alega um direito ou dever de obstar à inspeção, identificar quais já não estão no controlo da parte e o que lhes aconteceu, e identificar aqueles que a parte considera, perante as especificidades do caso, que seria desproporcional permitir a inspeção<sup>437</sup>.

Se a parte for uma pessoa coletiva, desta declaração deve constar também a identificação da pessoa responsável pela sua elaboração e os motivos pelos quais ela é considerada a pessoa adequada para a tarefa<sup>438</sup>.

As partes podem acordar, por escrito, prescindir da “*disclosure statement*”<sup>439</sup>, podendo, também o tribunal proferir uma ordem com o mesmo conteúdo<sup>440</sup>.

Se uma pessoa elaborar, conscientemente, uma declaração falsa, ou provocar que outra pessoa o faça, é responsável perante o tribunal<sup>441</sup>.

Deve, também, ser usado o formulário N265 para proceder à elaboração da “*disclosure statement*”<sup>442</sup>.

---

<sup>435</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 433

<sup>436</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 737

<sup>437</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 433

<sup>438</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 727

<sup>439</sup> Parte 31.10(8) das CPR

<sup>440</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 727

<sup>441</sup> *Rule* 31.23 das CPR

<sup>442</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 433

#### 5.4. O procedimento de divulgação de documentos

O procedimento que as partes devem seguir na divulgação de documentos encontra-se regulado na *Rule* 31.5 das CPR, que distingue entre as ações “*multi-track*”<sup>443</sup> com exceção daquelas relativas a danos não patrimoniais<sup>444</sup>, cujo procedimento consta das *Rules* 31.5(3) a (8) das CPR<sup>445</sup>, e as restantes ações, estando, neste caso, o procedimento previsto na *Rule* 31.5(1) das CPR.

---

<sup>443</sup> No sistema civilístico inglês há três tipos de ações: “*Small-claims track*”, que se aplicam a processos de valor e complexidade reduzidos, com um valor máximo de £10,000; “*Fast track*”, que se aplicam a processos de valor compreendido entre £10,000 e £25,000; e “*Multi-track*”, que se aplicam a processos com valor superior a £25,000 ([https://www.citizensadvice.org.uk/Global/Migrated\\_Documents/advisernet/04080403-ew-the-fast-track-and-the-multi-track-in-the-civil-courts-pdf-8.pdf](https://www.citizensadvice.org.uk/Global/Migrated_Documents/advisernet/04080403-ew-the-fast-track-and-the-multi-track-in-the-civil-courts-pdf-8.pdf)).

<sup>444</sup> *Rule* 31.5(2) das CPR (“(2) *Unless the court otherwise orders, paragraphs (3) to (8) apply to all multi-track claims, other than those which include a claim for personal injuries.*”).

<sup>445</sup> “(3) *Not less than 14 days before the first case management conference each party must file and serve a report verified by a statement of truth, which –*

(a) *describes briefly what documents exist or may exist that are or may be relevant to the matters in issue in the case;*

(b) *describes where and with whom those documents are or may be located;*

(c) *in the case of electronic documents, describes how those documents are stored;*

(d) *estimates the broad range of costs that could be involved in giving standard disclosure in the case, including the costs of searching for and disclosing any electronically stored documents; and*

(e) *states which of the directions under paragraphs (7) or (8) are to be sought.*

(4) *In cases where the Electronic Documents Questionnaire has been exchanged, the Questionnaire should be filed with the report required by paragraph (3).*

(5) *Not less than seven days before the first case management conference, and on any other occasion as the court may direct, the parties must, at a meeting or by telephone, discuss and seek to agree a proposal in relation to disclosure that meets the overriding objective.*

(6) *If –*

(a) *the parties agree proposals for the scope of disclosure; and*

(b) *the court considers that the proposals are appropriate in all the circumstances, the court may approve them without a hearing and give directions in the terms proposed.*

(7) *At the first or any subsequent case management conference, the court will decide, having regard to the overriding objective and the need to limit disclosure to that which is necessary to deal with the case justly, which of the following orders to make in relation to disclosure –*

(a) *an order dispensing with disclosure;*

(b) *an order that a party disclose the documents on which it relies, and at the same time request any specific disclosure it requires from any other party;*

(c) *an order that directs, where practicable, the disclosure to be given by each party on an issue by issue basis;*

(d) *an order that each party disclose any documents which it is reasonable to suppose may contain information which enables that party to advance its own case or to damage that of any other party, or which leads to an enquiry which has either of those consequences;*

(e) *an order that a party give standard disclosure;*

(f) *any other order in relation to disclosure that the court considers appropriate.*

(8) *The court may at any point give directions as to how disclosure is to be given, and in particular –*

(a) *what searches are to be undertaken, of where, for what, in respect of which time periods and by whom and the extent of any search for electronically stored documents;*

(b) *whether lists of documents are required;*

(c) *how and when the disclosure statement is to be given;*

(d) *in what format documents are to be disclosed (and whether any identification is required);*

(e) *what is required in relation to documents that once existed a but no longer exist; and*

Relativamente às ações excluídas da *Rule* 31.5(2) das CPR, quando o tribunal ordena a divulgação de documentos está a referir-se à “*standard disclosure*”. No entanto, o tribunal pode limitar ou excluir por completo este instituto, como também as partes podem acordar nesta limitação ou exclusão<sup>446</sup>.

Relativamente às ações que entram no escopo da *Rule* 31.5(2), às quais, consequentemente, são aplicáveis as *Rules* 31.5(3) a 31.5(8) das CPR, cada parte deve, até catorze dias antes da primeira “*case management conference*”<sup>447</sup>, apresentar um relatório onde declare que documentos existem ou podem existir que sejam relevantes para a causa e descreva onde estão guardados esses documentos e, no caso de não estarem na posse da parte, com quem estão. Tratando-se de documentos eletrónicos, deve ser descrita a forma de armazenamento dos mesmos. Deve ainda ser apresentado o valor estimado de custos que a “*standard disclosure*” acarretaria. Por último, a parte deve declarar se pretende requerer ao tribunal a prolação de alguma ordem nos termos das *Rules* 31.5(7) e (8) das CPR.

Após a apresentação destes relatórios, e até sete dias antes da primeira “*case management conference*”, as partes devem reunir para discutir e acordar uma proposta que determine a forma através da qual procederão à divulgação dos documentos, tendo em consideração, mais uma vez, os “*overriding objectives*”<sup>448</sup>. Esta proposta é apreciada pelo tribunal e, se for considerada adequada, é aprovada e é por ela que se rege a divulgação de documentos naquele caso específico<sup>449</sup>.

Se, porém, as partes não acordarem na forma de divulgação dos documentos, o tribunal pode decidir pela prolação de qualquer uma das ordens previstas na *Rule* 31.5(7) das CPR.

Esta norma foi alterada em 2013, após o relatório de *Sir Rupert Jackson* (“*Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report*” (2008)) alertar que o aumento da complexidade das questões em litígio, conjugado com o crescente do volume de informação digitalmente armazenada, provocaram uma exponenciação dos custos e da duração dos processos judiciais<sup>450</sup>, contrariamente àquilo que era pretendido com as alterações sistemáticas levadas a cabo pela entrada em vigor das CPR.

---

(f) *whether disclosure shall take place in stages.*” (*Rule* 31.5(2) a (8) das CPR)

<sup>446</sup> *Rule* 31.5(1) das CPR

<sup>447</sup> Numa comparação arcaica, equivale à audiência prévia do sistema processual civil português.

<sup>448</sup> *Rule* 31.5(5) das CPR

<sup>449</sup> *Rule* 31.5(6) das CPR

<sup>450</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 720

O objetivo das CPR, nomeadamente das alterações realizadas em 2013, é atingir um compromisso adequado entre a necessidade de assegurar o acesso das partes a todas as provas relevantes, permitindo assim a descoberta da verdade, e, por outro lado, a necessidade de evitar procedimentos que desperdicem recursos judiciais desnecessariamente. No entanto, existe uma relação de conflituosidade entre estas necessidades, pelo que é essencial um constante equilíbrio entre elas. É por isso que o juiz possui a discricionariedade para adaptar o objeto do “*disclosure*” em cada caso concreto, podendo aumentar ou diminuir o seu âmbito. Esta discricionariedade deve, no entanto, ser exercida de acordo com os “*overriding objectives*”<sup>451</sup>, com as especificidades do caso e com a vontade das partes. O objetivo é que o tribunal, em conjunto com as partes, determine o melhor método para proceder à divulgação dos documentos relevantes<sup>452</sup>.

O exercício deste poder discricionário deve partir sempre do princípio de que, embora sujeito a algumas exceções e limitações, as partes devem ter acesso a todos os documentos relevantes. Qualquer decisão do tribunal limitativa deste princípio deve ser acompanhada da devida justificação e deve limitar-se ao mínimo necessário. No entanto, a divulgação de todos os documentos relevantes não deve ocorrer quando os seus custos e duração forem desproporcionais, tendo em conta o seu interesse para o processo.<sup>453</sup>

A insistência na cooperação das partes corresponde a uma concretização dos “*overriding objectives*”, uma vez que previne atrasos processuais desnecessários e litígios periféricos relativos ao modo de proceder à divulgação de documentos, que são comuns nas ações mais complexas e de valor mais elevado.<sup>454</sup>

A parte a quem foram divulgados os documentos pode considerar que a “*standard disclosure*” não é adequada ao caso concreto, que certos documentos ou categorias de documentos que deviam ter sido divulgados não o foram ou que a parte não procedeu a uma procura adequada dos documentos<sup>455</sup>. Nestes casos, a parte pode pedir ao tribunal que ordene uma divulgação específica, ao abrigo da *Rule 31.12*. Segundo esta regra, o tribunal pode, por sua iniciativa ou a pedido de uma das partes, ordenar a divulgação de um documento específico ou a sua procura, devendo a parte divulgar qualquer documento encontrado.

---

<sup>451</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 721-722

<sup>452</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 725

<sup>453</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 722

<sup>454</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 725

<sup>455</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 434

Antes de endereçar o pedido ao tribunal, o requerente deve solicitar à outra parte a divulgação voluntária do documento pretendido. Só perante esta recusa é que o requerente deve recorrer ao tribunal. O pedido deve ser acompanhado de provas que sustentem a alegação de que não foi divulgado um documento que devia ter sido ou de que a “*standard disclosure*” não é adequada àquele caso concreto, de forma a convencer o tribunal de que aquela ordem não se traduzirá numa “*fishing expedition*”<sup>456</sup>.

Importa notar que, uma ordem de divulgação ou inspeção específica de um ou vários documentos não significa, necessariamente, uma ordem para proceder a uma divulgação diferente da prevista na *Rule 31.10* (“*standard disclosure*”). O objetivo é permitir ao tribunal lidar com problemas específicos que possam surgir<sup>457</sup>.

O pedido dirigido ao tribunal deve ser adequadamente fundamentado, devendo detalhar, nomeadamente, qual a ordem específica que a parte pretende que o tribunal profira, bem como a razão pela qual a parte considera que a divulgação já realizada não é satisfatória e quais as razões que levam a considerar que a ordem requerida permitirá obter resultados diferentes e mais adequados à solução do litígio em causa, tal como é previsto no parágrafo 5 das “*Practice Direction 31A*”. O pedido pode, em certos casos, ser acompanhado por provas. Para decidir sobre um requerimento de divulgação específica de documentos, o tribunal deve ter em conta os “*overriding objectives*”, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade<sup>458</sup>.

## 5.5. Direito de inspeção dos documentos divulgados

O procedimento através do qual as partes acedem aos documentos relevantes da outra partes, apesar de ser elencado legalmente como “*disclosure*”, é, na verdade, composto por dois momentos distintos: em primeiro lugar ocorre a “*disclosure*”, em sentido estrito, que se traduz na simples declaração se determinado documento existe ou existiu; em segundo lugar, ocorre a “*inspection*”, onde a parte a quem determinado documento foi divulgado tem direito a inspecioná-lo<sup>459</sup>.

Segundo a *Rule 31.3*, a parte a quem certo documento foi divulgado tem o direito de inspecionar esse documento. A *Rule 31.15* estabelece que se a parte pretender exercer o

---

<sup>456</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 435

<sup>457</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 738

<sup>458</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 738

<sup>459</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 723

seu direito de inspeção, deve dirigir à outra parte um pedido para efetivar esse direito, que deve ser deferido no prazo de sete dias. A parte com direito de inspeção pode preferir receber cópias dos documentos, em vez de os inspecionar, ou preferir inspecioná-los e mesmo assim receber cópias. A parte que detém os documentos deve providenciar as cópias à outra parte, num prazo de sete dias, desde que esta última se disponibilize para proceder ao seu pagamento.

Nos termos das alíneas do primeiro parágrafo da *Rule* 31.3, não existe direito de inspeção se o documento já não estiver sob o controlo da parte, segundo a definição da *Rule* 31.8 das CPR, ou se esta alegar ter o direito ou o dever de impedir essa inspeção. O segundo parágrafo daquela norma acrescenta outro desvio à regra do parágrafo anterior: quando a parte sujeita ao dever de “*disclosure*” considerar que é desproporcional, perante o conflito em questão, permitir a inspeção de um documento ou conjunto de documentos divulgados no seio da “*standard disclosure*”, não é obrigada a permitir a sua inspeção, mas deve declarar na “*disclosure statement*” que não a permitiu por considerar tal inspeção desproporcional.

Segundo a *Rule* 31.14, a parte tem o direito a inspecionar os documentos que, mesmo sem lhe terem sido formalmente divulgados, sejam mencionados no processo. Por “mencionados” não se entende a mera referência, mas antes a sua menção específica e determinada<sup>460</sup>, não estando sujeito a este direito um documento cuja existência se pode, apenas, inferir.<sup>461</sup>

A *Rule* 31.3(2) permite que as partes obstem à inspeção de determinado ou determinados documentos, com base no argumento de que tal inspeção seria desproporcional. Esta norma aplica-se, sobretudo, a casos onde existe um elevado volume de documentos a divulgar e permitir a inspeção de todos eles revelar-se-ia demasiado demorado e dispendioso, considerando as especificidades do caso. O fundamento desta previsão legislativa encontra-se no “*overriding objective*” previsto na *Rule* 1.1(2)(c) das

---

<sup>460</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 436

<sup>461</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 731-732

CPR que prevê que todo o processo judicial deve assentar no princípio da proporcionalidade<sup>462 463</sup>.

A parte interessada deve expor na sua declaração de divulgação que não permite a inspeção de determinados documentos por tal inspeção se revelar desproporcional<sup>464</sup>, sem necessitar de autorização do tribunal. É a parte que pretende inspecionar os documentos que, perante esta posição, tem que dirigir um requerimento ao tribunal para este determinar a inspeção daqueles documentos, conforme é estipulado no parágrafo 6.1 da “*Practice Directions 31A*”. Este requerimento deve indicar as razões pelas quais o requerente considera ser importante a inspeção de tal documento<sup>465</sup>.

Quando uma parte alegar que considera que permitir a inspeção de um documento ou de uma categoria de documentos se revela desproporcional, tendo em conta as particularidades do caso, o tribunal pode, por sua iniciativa ou a pedido da parte contrária, ordenar a inspeção daquele documento específico<sup>466</sup>.

Perante a recusa injustificada de uma parte em divulgar um documento ou facilitar a sua inspeção, o tribunal tem ao seu dispor várias sanções de incentivo ao cumprimento dos deveres das partes.<sup>467</sup>

## 5.6. Utilização dos documentos divulgados

O princípio geral nesta matéria, previsto na *Rule 31.22* das CPR<sup>468</sup>, é que a parte a quem foi divulgado determinado documento, só pode usar esse documento, ou o seu

---

<sup>462</sup> A importância do princípio da proporcionalidade na aplicação do instituto da disclosure foi afirmada no caso *Simba-tola v Elizabeth Fry Hostel*. A autora alegava ter sido vítima de discriminação racial por parte dos outros hóspedes daquele hostel. Ela pediu ao tribunal que ordenasse a divulgação do livro que continha as informações de todos os hóspedes. O tribunal recusou este pedido, dizendo que já tinham sido divulgados documentos que relatavam os factos ocorridos e que o livro com as informações pessoais dos hóspedes não acrescentaria nenhuma informação relevante. O *Court of Appeal* confirmou esta decisão justificando-a com recurso ao princípio da proporcionalidade: como o documento não iria transmitir à autora nenhuma informação adicional, seria desproporcional, no caso, o tribunal ordenar a divulgação de um documento que em grande parte reproduzia aspetos já mencionados noutros documentos divulgados (LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 425-426).

<sup>463</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 737

<sup>464</sup> *Rule 31.3(2)(b)* das CPR

<sup>465</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 738

<sup>466</sup> *Rule 31.12* das CPR

<sup>467</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 731

<sup>468</sup> Esta norma não se aplica aos documentos divulgados no âmbito de um “*pre-action protocol*”. No entanto, os protocolos pretendem incentivar a troca livre e antecipada de documentos que seriam, posteriormente, divulgados. Se os protocolos caírem fora dessa proteção, as partes podem sentir-se retraídas a divulgar certos documentos, sem a garantia de que os mesmos não serão usados para fins diferentes daqueles que a sua divulgação previu. Apesar de não se poder aplicar a *Rule 31* das CPR aos “*pre-action protocols*”, deve entender-se que a divulgação de documentos ao abrigo dos protocolos carece de igual proteção e que é

conteúdo, naquele processo em concreto<sup>469</sup>. Esta regra aplica-se a todos os documentos divulgados no decorrer de um processo, tendo sido eles divulgados por uma parte ou por um terceiro<sup>470</sup>.

Esta regra pretende proteger a parte que divulgou os documentos, procurando garantir que a contraparte não desvirtua o seu uso<sup>471</sup>.

No entanto, as alíneas da *Rule* 31.22(1) preveem algumas exceções. A parte a quem foi divulgado um documento pode utilizá-lo fora daquele processo (a) quando o documento for lido ou referido numa audiência pública; (b) quando o tribunal autorize a utilização do documento para um fim diferente do legalmente previsto; (c) quando seja dada autorização pela parte que divulgou o documento e pela pessoa a quem este pertence<sup>472</sup>.

Apesar das exceções previstas no primeiro parágrafo desta regra, o tribunal pode, a pedido de uma das partes ou da pessoa a quem o documento pertença, proibir o uso fora do processo de um documento divulgado, mesmo que ele tenha sido lido em tribunal ou referido numa audiência pública<sup>473</sup>. No entanto, considerando que a regra é a publicidade do processo judicial e de todos os documentos lidos ou referidos em tribunal, o requerimento deve ser bem fundamentando, explicando as razões pelas quais a parte ou o possuidor do documento será prejudicada com a sua publicitação<sup>474</sup>.

Apesar de as CPR proibirem o uso de documentos para efeitos que não aqueles para os quais foram divulgados, elas atribuem também discricionariedade ao tribunal para levantar essa proibição. Assim, como já foi referido, a *Rule* 31.22(1)(b) das CPR permite ao tribunal autorizar a utilização dos documentos fora do processo em que eles foram divulgados, mesmo quando eles não foram colocados no domínio público através da *Rule* 31.22(1)(a) das CPR<sup>475</sup>.

O requerimento ao tribunal para utilização dos documentos divulgados fora daquele processo deve ser feito antes da utilização dos mesmos para fins não autorizados pela lei, no

---

aconselhável as partes assinarem acordos de confidencialidade antes de iniciarem o cumprimento dos protocolos (ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 782-783).

<sup>469</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 266

<sup>470</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 782

<sup>471</sup> LIM, Mark; “A guide to the litigation process”, 10

<sup>472</sup> *Rule* 31.22(1) das CPR

<sup>473</sup> *Rule* 31.22(2) e (3) das CPR

<sup>474</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 430

<sup>475</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 786

entanto, o tribunal tem poder para autorizar retrospectivamente a utilização daqueles documentos fora da ação em que eles foram divulgados<sup>476</sup>.

A regra geral de proibição da utilização dos documentos fora do processo em que os mesmos foram divulgados não é consensual, sendo, até, bastante criticada. De facto, é sugerido que a estipulação legal deveria ser de forma inversa: a utilização de documentos fora do processo onde foram obtidos deveria ser livremente permitida, exceto se o tribunal o proibisse, tal como acontece no sistema americano<sup>477</sup>.

As CPR contêm, também, regras expressas quanto ao uso de documentos que não foram divulgados. A *Rule* 31.21 prevê que a parte que não divulgar um documento ou não permitir a sua inspeção não pode fundamentar a sua pretensão nesse documento sem a autorização do tribunal. Esta regra tem por base o princípio segundo o qual uma parte não pode utilizar determinada prova sem dar um adequado e antecipado conhecimento da mesma à parte contrária<sup>478</sup>.

Apesar da proibição constante daquela norma, a parte final da mesma permite que o tribunal autorize a parte, excepcionalmente e em casos concretos, a basear a sua pretensão no documento que não divulgou ou cuja inspeção não permitiu. Esta deve ser uma opção de *ultima ratio*, devendo o tribunal procurar outras medidas, menos gravosas, como divulgar e permitir a inspeção de dado documento apenas ao mandatário da outra parte. Em qualquer caso, a permissão do tribunal a uma das partes para não divulgar documentos ou não permitir a sua inspeção, não pode, nunca, pôr em causa o direito da outra parte se defender ou apresentar a sua pretensão<sup>479</sup>.

## 5.7. Documentos privilegiados

Alguns dos documentos sujeitos ao dever de divulgação podem, no entanto, ser privilegiados. O Glossário, que é parte integrante das CPR, adianta a seguinte definição de privilégio: “*right of a party to refuse to disclose a document ou produce a document or refuse to answer questions on the ground of some special interest recognise by law*”<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 786

<sup>477</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 790

<sup>478</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 733

<sup>479</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 733

<sup>480</sup> Privilégio é o direito que uma parte tem de se recusar a divulgar determinado documento ou produzir determinado documento ou recusar-se a responder a questões com base em interesses legalmente protegidos. (tradução livre da autora)

Os documentos privilegiados, apesar de terem de ser indicados na lista de “*disclosure*”, não estão sujeitos ao direito de inspeção<sup>481</sup>, consubstanciando-lhe exceções<sup>482</sup>. O ordenamento jurídico inglês concede ao detentor do privilégio imunidade contra a prestação compulsória de informação, em qualquer fase do processo<sup>483</sup>.

Por vezes, a parte pode alegar que apenas uma parte do documento é privilegiado ou que apenas uma parte do documento é relevante para a “*disclosure*”. Nestes casos, a parte privilegiada ou a parte irrelevante pode ser “apagada” dos documentos para a inspeção<sup>484</sup>.

Os privilégios reconhecidos e que podem ser alegados pelas partes para impedir a inspeção de documentos são: “*public interest immunity*”; “*without prejudice communications*”; “*legal professional privilege*”, que se divide em dois tipos de privilégio – “*legal advice privilege*” e “*litigation privilege*”; e “*privilege against self-incrimination*”.

### 5.7.1. Documentos confidenciais

Um documento não é privilegiado apenas por ser confidencial<sup>485</sup>. Assim, o dever de divulgação de documentos estende-se àqueles documentos que, embora confidenciais, não são abrangidos por nenhum dos privilégios legalmente reconhecidos<sup>486</sup>.

Importa notar que confidencialidade e privilégio são conceitos diferentes. Nem todas as relações confidenciais são privilegiadas, como é o caso, por exemplo, das relação médico-paciente. O privilégio pode ser visto como uma proteção legal superior à confidencialidade<sup>487</sup>.

As CPR revelam como principal preocupação garantir que a divulgação de documentos ocorre de forma eficiente, respeitando o princípio da proporcionalidade e os demais “*overriding objectives*”. No entanto, o tribunal tem discricionariedade para limitar a divulgação ou inspeção de documentos para proteção de outros interesses e direitos das partes, nomeadamente relacionados com a confidencialidade e a privacidade, mas que não são abrangidos por nenhum dos privilégios que permitem às partes obstar à divulgação ou inspeção daqueles documentos<sup>488</sup>.

---

<sup>481</sup> LIM, Mark; “A guide to the litigation process”, 10

<sup>482</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 733

<sup>483</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 273

<sup>484</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, 8

<sup>485</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 439

<sup>486</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 260

<sup>487</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 273

<sup>488</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 743

Destarte, por vezes, pode existir um conflito entre o interesse da administração da justiça em ver os litígios resolvidos de acordo com todas as provas relevantes e interesses privados das partes ou terceiros em proteger informações privadas ou confidenciais. Na ponderação destes dois valores, o tribunal deve proceder a uma avaliação em duas fases, partindo sempre do pressuposto de que ninguém tem o direito de obstar à divulgação ou inspeção de documentos por isso consubstanciar uma violação dos seus direitos de privacidade ou confidencialidade<sup>489</sup>.

Assim, num primeiro momento o tribunal deve avaliar se a divulgação e inspeção daqueles documentos é necessária para a justa resolução do litígio. Se, por exemplo, a informação que se pretende obter através daqueles documentos for possível alcançar sem lesar aqueles direitos dos particulares, então não é necessária a divulgação dos documentos. Se, por outro lado, a divulgação e inspeção dos documentos se revelar necessária para a obtenção daquela informação, o tribunal deve ponderar a aplicação de medidas que permitam obter aquela informação sem violar a privacidade e a confidencialidade dos documentos, nomeadamente, divulgando os documentos sem as partes confidenciais e irrelevantes para o caso ou divulgando o documento numa audiência fechada<sup>490</sup>. O tribunal pode, também, proceder à análise dos documentos em causa<sup>491</sup> ou pode determinar que a inspeção se restrinja ao mandatário da parte ou a um perito independente<sup>492</sup>. Nos casos em que a aplicação destas medidas não seja possível, o tribunal deve ordenar a divulgação e inspeção do documento, independentemente da sua confidencialidade<sup>493</sup>.

### **5.7.2. “Public Interest immunity”**

As partes podem obstar à divulgação ou inspeção de um documento, alegando que a sua divulgação ou inspeção prejudicaria o interesse público. Esta é uma razão primordialmente usada pelo Estado, no entanto, ela é permitida a qualquer pessoa<sup>494</sup>, parte ou não parte. O tribunal pondera, no caso concreto, se as desvantagens da divulgação daquele documento ou informação para o interesse público são superiores às desvantagens que a sua

---

<sup>489</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 743-744

<sup>490</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 744

<sup>491</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 439

<sup>492</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, 7

<sup>493</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 744

<sup>494</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 438-439

não divulgação tem na administração da justiça. O tribunal pode, ainda, ordenar, oficiosamente, que um documento não seja inspecionado<sup>495</sup>, com base neste privilégio.

A *Rule* 31.19 das CPR estabelece o procedimento a seguir para invocar a “*public interest immunity*”, distinguindo entre o requerimento para impedir a divulgação do documento e o requerimento para impedir a sua inspeção<sup>496</sup>, uma vez que ao abrigo deste privilégio pode ser requerida a não divulgação de um documento porque o seu simples conhecimento pode ser prejudicial para o interesse público. Uma ordem deste tipo deve permanecer secreta, sob pena de comprometer toda a finalidade do instituto. Isto levanta algumas questões relacionadas com o princípio do contraditório que, por não serem objeto do nosso estudo, não iremos explorar<sup>497</sup>.

A parte que pretende invocar este privilégio deve apresentar um requerimento junto do tribunal, devidamente justificado e acompanhado das provas necessárias, conforme prevê a *Rule* 31.19(7) das CPR, e, para lhe dar resposta, o tribunal pode considerar necessário inspecionar o documento<sup>498</sup>.

### 5.7.3. “Without Prejudice Communications”

Comunicações “*without prejudice*” são comunicações entre as partes de um litígio com o objetivo de chegar a um acordo<sup>499</sup> e a sua confidencialidade é protegida nos termos deste privilégio<sup>500</sup>. As negociações levadas a cabo pelas partes com o objetivo de pôr termo ou evitar um litígio podem ser expressa ou implicitamente privilegiadas<sup>501</sup>.

Este privilégio surgiu como corolário do “*overriding objective*” de promoção da resolução dos litígios por acordo entre as partes. O seu objetivo é permitir às partes negociarem entre si, sem receio de que o que se diga durante a negociação possa ser, posteriormente, utilizado em seu prejuízo<sup>502</sup>. Este privilégio assume-se, hoje, como uma das traves-mestras do sistema inglês<sup>503</sup>.

---

<sup>495</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 913

<sup>496</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 930

<sup>497</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 779

<sup>498</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 329-330

<sup>499</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 439

<sup>500</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 275

<sup>501</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 300

<sup>502</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 874

<sup>503</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 876

Assim, deve ser assegurado às partes que as negociações que têm com a contraparte, com vista à resolução convencional do litígio, não poderão, posteriormente, ser utilizadas em sua desvantagem. Pelo contrário, as partes devem poder falar abertamente sobre a possibilidade de chegarem a acordo, os seus termos e condições<sup>504</sup>. Destarte, estas negociações não podem ser usadas como provas e são consideradas comunicações privilegiadas no âmbito da divulgação de documentos, mesmo após a resolução do litígio, seja por acordo ou por julgamento<sup>505</sup>.

A proteção deste privilégio abrange aquelas comunicações que são declaradas pelas partes como “*without prejudice*”, no entanto, qualquer comunicação feita com o real objetivo de dirimir o litígio através de um acordo está automaticamente protegida, mesmo que aquela denominação não seja expressamente utilizada e ainda que não seja apresentada nenhuma proposta formal<sup>506</sup>, exceto se o contrário for explicitamente determinado pelas partes. Por outro lado, mesmo que as comunicações sejam identificadas pelas partes como “*without prejudice*”, elas não são abrangidas por aquele privilégio se não foram realizadas com o real objetivo de resolver o litígio através de um acordo<sup>507</sup> ou se não existir a real possibilidade de vir a ser intentada uma ação para resolução do litígio<sup>508</sup>. No entanto, o tribunal não vai procurar, no seio de comunicações levadas a cabo com o objetivo de atingir um acordo, quais são efetivamente os fragmentos que se destinam a atingir o acordo e quais não. O privilégio estende-se a todas as comunicações.<sup>509</sup>

Não é obrigatório as partes negociarem através de comunicações “*without prejudice*”, caso em que as negociações serão abertas, admissíveis como prova e têm que ser divulgadas se caírem dentro do espectro de documentos relevantes<sup>510</sup>, no entanto deve ficar claro para ambas as partes que estão a negociar fora do âmbito do privilégio<sup>511</sup>.

As comunicações trocadas entre as partes no cumprimento de um “*pre-action protocol*” não são consideradas “*without prejudice*”<sup>512</sup>. O mesmo já não acontece se, após

---

<sup>504</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 301

<sup>505</sup> ZUCKERMAN, *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 874-875

<sup>506</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 304

<sup>507</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 885

<sup>508</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 304

<sup>509</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 440

<sup>510</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 885

<sup>511</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 307

<sup>512</sup> Independentemente de, especificamente em cada protocolo, ser determinado que as comunicações efetuadas no âmbito do seu cumprimento, não podem ser utilizadas como prova, como acontece no Ponto 3.9 do “*Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes*”, elas não integram o âmbito deste privilégio.

cumpridas as etapas impostas pelo protocolo, as partes continuarem a negociar, caso em que estaremos perante comunicações “*without prejudice*”<sup>513</sup>.

Também não são consideradas privilegiadas as comunicações onde um crédito é assumido e são negociadas condições de pagamento do mesmo<sup>514</sup>.

O direito de renunciar a este privilégio pertence a todas as partes envolvidas nas negociações, devendo a renúncia, para ser eficaz, ser consensual<sup>515</sup>. A renúncia também pode ser inferida do comportamento das partes, quando este permita presumir a concordância com a divulgação das comunicações ou a sua utilização como prova<sup>516</sup>.

Existem algumas exceções a este privilégio, no entanto, as partes apenas podem utilizar as comunicações “*without prejudice*” no âmbito de cada exceção., continuando a sua utilização proibida para qualquer outro fim<sup>517</sup>. No âmbito destas exceções, as comunicações são admissíveis como prova e podem estar afetadas pelo dever de “*disclosure*”, do qual já não se encontram protegidas<sup>518</sup>.

As comunicações “*without prejudice*” podem ser utilizadas, entre outras exceções, para: provar que foi celebrado um acordo e quais os termos desse acordo; provar que o acordo foi celebrado com base em informações fraudulentas ou sob coação; interpretar os termos do acordo celebrado; justificar atrasos processuais<sup>519</sup>; demonstrar um claro abuso de uma situação privilegiada<sup>520</sup>.

#### **5.7.4. “Legal professional privilege”**

Este privilégio é considerado um direito fundamental, já há muito consolidado no sistema inglês, e que se retira, igualmente, do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. É um corolário necessário do direito de qualquer pessoa a obter conselhos jurídicos de um profissional<sup>521</sup>.

---

<sup>513</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 886

<sup>514</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 305

<sup>515</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 886

<sup>516</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 887

<sup>517</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 887

<sup>518</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 312

<sup>519</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 887-896

<sup>520</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 314

<sup>521</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 440

Este privilégio traduz-se num direito fundamental constitucionalmente protegido na Inglaterra e no País de Gales, uma vez que facilita o acesso à justiça e ao direito, e a sua proteção é absoluta, não podendo ser afastada pelo tribunal<sup>522</sup>.

Nem todas as comunicações entre cliente e advogado estão abrangidas por este privilégio, mas apenas aquelas que são feitas com determinado objetivo. Para determinar esse objetivo é necessário distinguir entre “*legal advice privilege*” e “*litigation privilege*”. O primeiro tipo de privilégio abrange as comunicações entre cliente e advogado com o objetivo de obter aconselhamento jurídico. O segundo tipo de privilégio abrange comunicações entre o cliente ou o seu advogado e terceiros com o objetivo de preparar um procedimento judicial que esteja pendente ou se preveja vir a existir<sup>523</sup>.

Enquanto o “*litigation privilege*” deriva do direito fundamental a um processo judicial justo, o “*legal advice privilege*” é independente de qualquer processo judicial<sup>524</sup>.

O privilégio profissional jurídico pode, assim, ser dividido em dois tipos: “*legal advice privilege*” e “*litigation privilege*”.

#### **5.7.4.1. “Legal advice privilege”**

Este privilégio abrange as comunicações entre o cliente e o seu advogado que tenham como principal objetivo obter aconselhamento jurídico, mesmo quando não se prevê uma situação de conflito. O fundamento deste privilégio é permitir a qualquer pessoa consultar o seu advogado com a certeza de que o que lhe revelar não pode ser divulgado sem o seu consentimento<sup>525</sup>.

Aqui é protegida a confidencialidade das comunicações entre o cliente e o seu advogado<sup>526</sup>, correspondendo à proteção da confidencialidade concedida em Portugal pelo dever de segredo profissional consagrado no artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 09 de setembro, alterada pela Lei n.º 23/2020, de 06 de julho, apesar dos termos em que essa proteção é concedida serem diferentes.

---

<sup>522</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 811

<sup>523</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 812

<sup>524</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 813

<sup>525</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 441

<sup>526</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 811

Uma parte não pode ser chamada a produzir prova, seja oral seja documental, que exponha o conteúdo das comunicações, também aqui orais ou escritas, entre o cliente e o seu advogado, relativas ao conteúdo da lei ou à sua aplicação<sup>527</sup>. Nas palavras de Lord Taylor<sup>528</sup>: “*Legal advice is not confined to telling the client the law; it must include advice as to what should prudently and sensibly be done in the relevant legal context*”<sup>529 530</sup>.

Este privilégio, que nos EUA é conhecido como “*attorney-client privilege*”, é o mais importante dos vários privilégios reconhecidos pelo ordenamento jurídico inglês e o único que confere uma proteção total, uma vez que não pode ser afastado no exercício dos poderes discricionários do tribunal e a sua vigência só é interrompida se o seu detentor renunciar ao privilégio, caso contrário, vigora eternamente<sup>531</sup>.

Para um aconselhamento jurídico apropriado, é indispensável que o cliente possa partilhar todos os factos importantes com o seu advogado, sem o receio de que esses factos sejam, posteriormente, divulgados ou utilizados contra si. Destarte, o “*legal advice privilege*”, ao proteger as comunicações entre o cliente e o seu advogado, é uma característica essencial do Estado de Direito<sup>532</sup> e um princípio fundamental do acesso ao direito e à justiça.

Se as comunicações abrangidas por este privilégio estivessem sujeitas ao dever de divulgação de documentos, sempre que fossem relevantes para a resolução de um litígio, existiria receio, por parte dos clientes, de que, ao revelar informações confidenciais, privadas e sensíveis ao seu advogado, essas informações fossem usadas contra si em tribunal ou que fossem tornadas públicas, reduzindo, assim, a eficácia do aconselhamento jurídico<sup>533</sup>.

O “*legal advice privilege*” abrange, também, as informações e documentos transferidos do cliente para o seu advogado, com o propósito de obter aconselhamento jurídico que, estão, conseqüentemente, excecionados do dever de divulgação em litígio, ainda que sejam relevantes para a sua resolução, nos mesmos termos em que o aconselhamento dado pelo advogado ao cliente está excecionado dessa divulgação<sup>534</sup>.

---

<sup>527</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 275-276

<sup>528</sup> No caso *Balabel v Air India* (1988).

<sup>529</sup> Este privilégio não está limitado à indicação da lei, ele deve incluir aconselhamento sobre o que se deve, prudente e sensivelmente, fazer perante o relevante contexto legal (tradução livre da autora).

<sup>530</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 277

<sup>531</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 276

<sup>532</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 814

<sup>533</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 814

<sup>534</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 839

Este privilégio abrange apenas comunicações confidenciais. Se as comunicações entre o cliente e o seu advogado são feitas na presença de terceiros<sup>535</sup>, elas não são consideradas confidenciais e, conseqüentemente, não são abrangidas pelo “*Legal Professional Privilege*”<sup>536</sup>.

Daqui retiram-se três conseqüências: (1) um documento elaborado por um terceiro não usufrui deste privilégio pelo simples facto de ter sido enviado pelo cliente ao seu advogado, ainda que tenha sido preparado com o objetivo de obter aconselhamento jurídico junto daquele; (2) um documento preparado pelo cliente para enviar ao seu advogado com o objetivo de pedir aconselhamento jurídico é privilegiado ainda que nunca tenha sido efetivamente enviado; (3) um documento criado para outro objetivo não passa a ser privilegiado pelo simples facto de ser enviado para o advogado, ainda que com o objetivo de obter aconselhamento jurídico<sup>537</sup>.

Este privilégio também abrange documentos que resultem do trabalho do advogado, se a sua análise permitir compreender qual o aconselhamento requerido e/ou prestado ou se o documento contiver a avaliação e/ou análise legal efetuada pelo advogado<sup>538</sup>.

#### **5.7.4.2. “*Litigation privilege*”**

Este privilégio abrange as comunicações, incluindo-se aqui a criação de documentos<sup>539</sup>, entre o cliente ou o seu advogado e terceiros, feitas com o principal objetivo de preparar uma ação que corre nos tribunais ou que é razoavelmente esperado que venha a ser intentada, seja para obter conselhos jurídicos, para obter informação ou para obter provas para o litígio. Os documentos só serão privilegiados se se demonstrar que este era efetivamente o principal objetivo das comunicações<sup>540</sup>. No caso de conflitos espectáveis, deve existir, na altura em que a comunicação é feita, uma real probabilidade de a ação ser intentada no futuro<sup>541</sup>, avaliada de forma objetiva<sup>542</sup>.

---

<sup>535</sup> Note-se que, para este propósito, não são considerados terceiros trabalhadores do cliente ou do advogado que presenciem as comunicações no âmbito das suas funções laborais (ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 825).

<sup>536</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 825

<sup>537</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 839

<sup>538</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 278

<sup>539</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 289

<sup>540</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 441

<sup>541</sup> DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, 9

<sup>542</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 818

Estamos perante uma componente essencial do sistema judicial, uma vez que permite a preparação de ações com a segurança de que aquele espaço de preparação é protegido de todas as invasões<sup>543</sup>.

#### **5.7.4.3. Âmbito de aplicação**

Considerando o impacto que o “*Legal Professional Privilege*” tem na administração da justiça, a sua valência constitucional e a sua génese no direito a um processo justo, este privilégio traduz-se num direito fundamental com significativas implicações constitucionais<sup>544</sup>.

Importa fazer uma breve anotação relativamente ao âmbito do “*legal advice privilege*” e ao âmbito do “*litigation privilege*”. Na verdade, estes dois âmbitos não se sobrepõem: o primeiro aplica-se à relação cliente-advogado, independentemente de existir ou não uma ação presente ou espectável; o segundo aplica-se a informações exteriores àquela relação, na preparação de uma ação existente ou espectável<sup>545</sup>.

Apesar das duas vertentes do “*Legal Professional Privilege*” terem diferentes âmbitos e diferentes justificações, elas partilham a mesma linha de raciocínio: cada pessoa tem direito a comunicar de forma privada e segura com o seu advogado, seja com o objetivo de obter aconselhamento jurídico ou de preparar um processo judicial<sup>546</sup>.

#### **5.7.4.4. Renúncia ao privilégio**

O “*Legal Professional Privilege*” não pode ser afastado através do exercício dos poderes de gestão discricionária do juiz, pelo que a única forma de ser afastado é através da renúncia do cliente.

Se o cliente renunciar ao privilégio, deixa de poder obstar à divulgação e inspeção dos documentos abrangidos. Uma vez feita a renúncia e divulgados os documentos, o privilégio perde-se para sempre e não pode ser restituído<sup>547</sup>. Ademais, a renúncia ao privilégio é feita sobre a totalidade de um documento, não podendo o cliente escolher que partes divulga e sobre que partes invoca o privilégio<sup>548</sup>.

---

<sup>543</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 815

<sup>544</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 817

<sup>545</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 291

<sup>546</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 819

<sup>547</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 857

<sup>548</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 862

O privilégio pertence ao cliente e não ao advogado ou ao terceiro envolvido, o que significa que as informações e os documentos abrangidos por este privilégio não podem ser divulgados sem o consentimento do cliente. A regra é que uma comunicação privilegiada mantém o seu privilégio, mesmo depois da morte do cliente<sup>549</sup>. Isto significa que a renúncia ao privilégio só pode ser feita pelo cliente.

Descrever um documento como privilegiado, com base no “*Legal Professional Privilege*”, não torna esse documento, automaticamente, privilegiado. Na perspectiva contrária, também a falta de descrição do documento como privilegiado não afasta a sua classificação como tal. Na verdade, é o tribunal que determina, objetivamente, se o documento em questão é ou não privilegiado nos termos do “*Legal Professional Privilege*”<sup>550</sup>.

#### **5.7.5. “Privilege Against Self-incrimination”**

Ninguém pode ser obrigado a responder a questões ou prestar informações, se as respostas ou informações prestadas foram suscetíveis de o incriminar, a ele ou ao seu cônjuge, pela prática de um crime ou de uma contraordenação. Este privilégio tem especial relevância no depoimento de testemunhas<sup>551</sup>.

O privilégio deve ser invocado no momento em que as questões são colocadas ou a informação é solicitada. No entanto, se as questões forem respondidas ou as informações prestadas, sem qualquer objeção, passam a ser admissíveis<sup>552</sup>.

Quando invoca o privilégio, a pessoa abrangida deve convencer o tribunal de que existe um sério risco de vir a existir um processo penal ou contraordenacional<sup>553</sup>.

Este privilégio não se aplica se a responsabilidade criminal surgir ao abrigo de uma lei estrangeira<sup>554</sup> e não pode ser invocado para objetar à divulgação ou inspeção de documentos<sup>555</sup>.

---

<sup>549</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 825

<sup>550</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 870

<sup>551</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 897

<sup>552</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 897

<sup>553</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 897-898

<sup>554</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 274-275

<sup>555</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 899

### **5.7.6. Procedimento para impedir a inspeção de um documento, com base num privilégio**

A parte que pretenda invocar um direito ou um dever de impedir a inspeção de um documento com base numa destas situações deve identificar o documento e qual a situação que lhe permite impedir a inspeção na lista de divulgação dos documentos ou, quando esta não exista, numa declaração, por escrito, feita à outra parte<sup>556</sup>.

Um pedido da parte sujeita ao dever de “*disclosure*” para impedir a inspeção de um determinado documento, ao abrigo da *Rule* 31.19(5) das CPR, deve ser acompanhado por provas<sup>557</sup>. Perante este pedido o tribunal pode ordenar que o documento em questão seja apresentado ao tribunal ou pode chamar qualquer pessoa, seja ou não parte, a esclarecer o tribunal sobre a questão<sup>558</sup>.

Este processo implica uma importante ponderação: por um lado, aquele que invoca o privilégio deve fornecer informações suficientes para convencer a outra parte e o tribunal de que se trata de um documento privilegiado; por outro lado, a prestação de informações em excesso pode pôr em causa a confidencialidade do documento. Nesta ponderação, a tendência dos tribunais é declarar o privilégio dos documentos mesmo com informações limitadas<sup>559</sup>.

O parágrafo único da *Rule* 31.20 diz-nos que se uma parte, por erro, permitir que um documento privilegiado seja inspecionado, a parte contrária apenas o pode usar com a permissão do tribunal. O tribunal tem um poder discricionário para intervir e permitir ou não o uso destes documentos. Isto deve ser avaliado à luz do caso concreto.

A *Rule* 31.20 das CPR não se aplica aos casos em que a parte renunciou ao privilégio, mas apenas aos casos em que o documento foi inadvertidamente divulgado, apesar de a parte pretender invocar o privilégio para obstar à inspeção daquele documento.<sup>560</sup>

## **6. “Pre-action disclosure”**

O instituto da “*disclosure*” pode ser aplicado antes da própria ação ser proposta, consubstanciando uma forma de antecipação probatória, nomeadamente, da prova documental. É o estudo desta aplicação específica daquele instituto que verdadeiramente

---

<sup>556</sup> *Rule* 31.19(3) das CPR

<sup>557</sup> *Rule* 31.19(7) das CPR

<sup>558</sup> *Rule* 31.19(6) das CPR

<sup>559</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 870-871

<sup>560</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 797

interessa para o nosso trabalho, no entanto esta secção nunca poderia ser compreendida sem o estudo prévio e global do regime que rege a divulgação de documentos relevantes entre as partes de uma ação, no sistema processual civil inglês, que no fundo é, também, aplicável, com as devidas e necessárias adaptações, à “*pre-action disclosure*”.

A divulgação dos documentos relevantes antes da própria ação ser intentada é denominada “*pre-action disclosure*” e é regulada na *Rule 31.16* das CPR.

Normalmente, as partes só são obrigadas a divulgar os documentos relevantes depois de o processo ser iniciado e serem apresentados os articulados, no entanto, em determinadas circunstâncias, pode ser pedido ao tribunal que ordene a divulgação de certos documentos, antes de a ação ser proposta<sup>561</sup>.

A divulgação de documentos na fase pré-processual, para além de promover a resolução dos litígios por acordo entre as partes, reduz os custos judiciais, uma vez que permite a determinação antecipada das questões controvertidas, expurgando o processo de discussões irrelevantes.<sup>562</sup>.

Este instituto faz parte de uma abordagem bastante típica do sistema inglês: “*cards on the table approach*”. Esta abordagem procura assegurar que as partes de um conflito conhecem tão bem e tão cedo quanto possível a pretensão da outra parte, para que nenhuma delas seja surpreendida já no decurso da ação<sup>563</sup>. O acesso aos documentos relevantes da contraparte, o mais cedo possível, permite que ambas as partes possam formar uma perspectiva bem fundamentada sobre as hipóteses do seu caso, sobre a viabilidade de prosseguir para juízo e sobre a possibilidade de chegar a um acordo antes de recorrer aos tribunais<sup>564</sup>.

Existem, no entanto, desvantagens nesta divulgação antecipada de documentos: por um lado, existe o perigo da “*fishing expedition*”, onde as partes procuram motivos para intentar uma ação para a qual não têm, ainda, fundamentos concretos<sup>565</sup>; pode, também ser posta em causa a legítima expectativa de terceiros manterem a confidencialidade de certos

---

<sup>561</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 448

<sup>562</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 247

<sup>563</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 719

<sup>564</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 757

<sup>565</sup> No seio deste instituto existe um conflito entre procurar informação respeitante a uma ação ou procurar uma causa para iniciar uma ação. O intuito tradicional da “*pre-action disclosure*” é ajudar as partes a densificar um caso para o qual elas já têm fundamentos para propor ou defender. O objetivo não é que a parte consiga fundamentos para uma ação que não conseguiria sem a “*disclosure*”. Este aproveitamento das partes para procurar um motivo para propor uma ação é conhecido como “*fishing expedition*” (ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 758).

documentos, seja para protegerem a sua própria privacidade, seja para proteger a confidencialidade devida a outras pessoas; por vezes, os custos do processo aumentam, existindo o perigo de que os custos do processo se tornem desproporcionais por perversão do instituto da “*disclosure*”<sup>566</sup>.

Considera-se que, na maioria dos casos, as vantagens apresentadas por este instituto se sobrepõem às desvantagens do mesmo.

Segundo a regra da *Rule 31.16(3)* das CPR<sup>567</sup>, para que a “*pre-action disclosure*” seja ordenada têm que estar preenchidas as seguintes condições: (a) o requerido é parte provável no futuro e eventual processo; (b) também o requerente é parte provável no futuro e eventual processo; (c) os documentos de que se pede a divulgação devem integrar o escopo da “*standard disclosure*” do futuro e eventual processo; (d) a “*pre-action disclosure*” tem que ter um de três objetivos, no caso concreto: assegurar a justiça na fase pré-processual, ajudar a resolver o litígio sem recurso aos tribunais ou reduzir custos do processo.

A última condição envolve um juízo discricionário por parte do juiz, por isso é importante que o requerimento para a “*pre-action disclosure*” seja elaborado com muito cuidado e limitado ao estritamente necessário para que se possa demonstrar a idoneidade daquele instituto, a fim de atingir pelo menos um daqueles objetivos<sup>568</sup>.

O despacho que ordena a “*pre-action disclosure*” deve especificar os documentos ou classes de documentos cuja divulgação se determina e estabelecer a data da divulgação e da inspeção dos documentos. O requerido deve indicar os documentos que já não tem na sua posse e o que lhes aconteceu e deve ainda dizer se tem um direito ou dever de obstar à inspeção de algum documento<sup>569</sup>.

Antes de apresentar o pedido junto do tribunal, o requerente deve abordar o requerido, pedindo-lhe que proceda à divulgação voluntária dos documentos. Só perante esta recusa é que se deve recorrer ao tribunal. Note-se que, fora da “*pre-action disclosure*”, as

---

<sup>566</sup> ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 247

<sup>567</sup> “(3) *The court may make an order under this rule only where –*

*(a) the respondent is likely to be a party to subsequent proceedings;*

*(b) the applicant is also likely to be a party to those proceedings;*

*(c) if proceedings had started, the respondent’s duty by way of standard disclosure, set out in rule 31.6, would extend to the documents or classes of documents of which the applicant seeks disclosure; and*

*(d) disclosure before proceedings have started is desirable in order to –*

*(i) dispose fairly of the anticipated proceedings;*

*(ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; or*

*(iii) save costs.” (Rule 31.16(3) das CPR)*

<sup>568</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 448

<sup>569</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 758

partes têm, ao abrigo dos “*pre-action protocols*” e das “*practice directions*” a eles relativas, a obrigação de proceder a uma troca razoável de informação e documentos relevantes para o caso e tentar evitar a necessidade de processo judicial. Aliás, perante a recusa de cumprimento de um protocolo ou das “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” ou perante um cumprimento incompleto ou defeituoso, e uma vez que estes institutos não são, pelo menos na fase pré-processual, judicialmente controlados, a parte contrária pode, como já foi referido, requerer a “*pre-action disclosure*” para aceder aos documentos em causa.

O *Court of Appeal* densificou condições exigidas na *Rule 31.16(3)* em dois casos fundamentais: “*Bermuda International Securities Ltd v KPMG*” e “*Black v Sumitomo*”<sup>570</sup>.

### 6.1. “*Likely to be a party*”

No caso “*Black v Sumitomo*” o tribunal considerou o significado da expressão “*likely to be a party to subsequent proceedings*”, presente na *Rule 31.16(3)* das CPR.

Importava definir se o que se exigia era a probabilidade de que a ação fosse intentada com aquelas partes ou se, pelo contrário, se exigia a probabilidade de aquelas serem as partes na eventualidade (e não probabilidade) de a ação ser intentada. Estava, também, em discussão, o significado da expressão “*likely*”: significaria “mais provável que não” ou “poder ser”<sup>571</sup>?

O tribunal não teve dificuldades em decidir que aquela expressão exigia a probabilidade de aquelas serem as partes num futuro e eventual processo e não a probabilidade da ação ser efetivamente intentada. Por outro lado, tribunal decidiu, ainda, que “*likely*” significa “poder ser”<sup>572</sup>.

Assim, o requerente deve mostrar ao tribunal que ele e o requerido podem ser as partes no processo futuro, se ele vier a ser iniciado. O tribunal superior inglês concluiu que

---

<sup>570</sup> Este processo surgiu por conta de uma alegada manipulação do mercado do cobre no anos 90. O Autor era um comerciante de cobre que alegava que as empresas Rés tinham conspirado para manter os preços do cobre a níveis elevados, de forma artificial, através da monopolização desse mercado e de condutas anticompetitivas. O Autor requereu, junto do tribunal, uma ordem para que se procedesse à divulgação de várias classes de documentos antes da propositura da ação (ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 248).

<sup>571</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 759

<sup>572</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 760

isto seria suficiente para garantir que a “*pre-action disclosure*” não seria ordenada contra um uma pessoa que não seria provável estar envolvida no processo<sup>573</sup>.

## 6.2. “*Pre-action disclosure*” limitada à “*standard disclosure*”

No caso “*Bermuda International Securities Ltd v KPMG*”, o tribunal concluiu que a ordem para proceder à “*pre-action disclosure*” não pode impor uma obrigação mais extensa do que a imposta pela “*standard disclosure*”<sup>574</sup>.

A “*pre-action disclosure*” só deve ser ordenada quando o tribunal tiver a certeza de que o documento do qual se requer a divulgação cairia no escopo da “*standard disclosure*”. Para isso, o tribunal tem que saber qual será a questão em litígio no futuro e eventual processo, ou seja, qual será, provavelmente, o pedido do autor e a defesa do réu, pois só assim pode saber quais os documentos que afetam ou sustentam cada uma das posições. Para facilitar esta tarefa, o pedido de “*pre-action disclosure*” deve ser acompanhado de uma cópia das cartas trocadas entre o autor e o réu, antes da propositura da ação, ao abrigo dos “*pre-action protocols*” ou das “*practice directions*” a eles relativas. Isto permite também afastar uma qualquer aparência de “*fishing expedition*” que possa incomodar o juiz<sup>575</sup>.

## 6.3. “*Desirability*”

O tribunal deve ficar convencido que a “*pre-action disclosure*” é necessária por, pelo menos, uma de três razões: justiça pré-processual; resolver a disputa sem recurso ao tribunal; reduzir custos<sup>576</sup>.

No entanto, no caso “*Bermuda International Securities Ltd v KPMG*”, o *Court of Appeal* concluiu que mesmo que a “*pre-action disclosure*” seja necessária para cumprir um daqueles três objetivos, ela poderia, ainda assim, ser negada. Estamos aqui perante um poder discricionário do juiz, que varia de acordo com a natureza de cada caso<sup>577</sup>.

Ademais, o tribunal observou, no caso “*Black v Sumitomo*”, que para exercer a discricionariedade o tribunal precisa de saber mais do que se aquelas condições foram cumpridas. Um dos aspetos a ter em consideração é saber se os custos da “*pre-action*

---

<sup>573</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 760

<sup>574</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 760

<sup>575</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 760

<sup>576</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 761

<sup>577</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 761

*disclosure*” são justificados. Ainda no mesmo caso, o tribunal explicou que o exercício da discricionariedade depende, entre outras coisas, da natureza dos danos e da perda, da clareza e identificação das questões controvertidas, da natureza dos documentos, da existência de um “*pre-action protocol*” aplicável e da possibilidade de o requerente construir o seu caso sem recorrer a este instituto excepcional. O tribunal tem uma ampla flexibilidade para ponderar estes aspetos<sup>578</sup>, recorrendo, novamente, ao princípio da proporcionalidade.

## **7. Divulgação de documentos por terceiros**

No sistema inglês, a produção antecipada da prova documental pode ocorrer, também, quando a prova deva ser produzida por terceiros. É neste contexto que importa estudar esta aplicação do instituto da “*disclosure*”.

O tribunal pode, oficiosamente ou a pedido das partes, ordenar a um terceiro que divulgue um documento específico que tenha na sua posse, em termos semelhantes àqueles em que pode ordenar o mesmo a uma das partes. A principal diferença está nas sanções aplicáveis por falta de acatamento da ordem, que são mais limitadas nas ordens proferidas contra terceiros<sup>579</sup>.

O tribunal pode proferir essa ordem se estiverem preenchidas as condições da *Rule* 31.17(3) da CPR: (a) os documentos são suscetíveis de sustentar a pretensão do requerente ou prejudicar a pretensão da outra parte; (b) a divulgação desses documentos é necessária para que seja possível a justa resolução do litígio ou para reduzir custos.

Estes requisitos são condições necessárias para que o tribunal ordene a divulgação de documentos por parte de um terceiro, no entanto, quando eles estão verificados, o tribunal mantém a sua discricionariedade relativamente à prolação ou não de tal ordem. Ou seja, o tribunal não pode proferir uma ordem de divulgação de documentos por um terceiros sem que estejam preenchidos os requisitos da *Rule* 31.17(3) das CPR, mas quando estes requisitos estão preenchidos, o tribunal não é obrigado a proferir essa ordem<sup>580</sup>.

A decisão final vai passar por uma ponderação entre o interesse da parte requerente em ter acesso àqueles documentos e o interesse do terceiro em proteger a sua privacidade, bom como o interesse da administração da justiça de resolver justamente os litígios com a obtenção de todas as provas relevantes. No caso “*Frankson v Home Office*”, no *Court of*

---

<sup>578</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 762

<sup>579</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 765

<sup>580</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 768

*Appeal*, Scott Baker<sup>581</sup>, deixou bem claro que ordenar a divulgação de documentos por parte de um terceiro é a exceção e não a regra, pelo que estas ordens não devem ser regularmente proferidas<sup>582</sup>.

Quando confrontado com a alegação de privacidade ou confidencialidade, o tribunal pode analisar o documento para determinar se a sua divulgação é ou não essencial para a justa resolução do litígio. Também aqui, podem ser adotadas medidas intermédias, como a divulgação limitada de um documento, ou a divulgação apenas perante algumas pessoas<sup>583</sup>.

Perante uma ordem de divulgação de documentos por parte de um terceiro, para além de poderem ser alegada a confidencialidade e a privacidade dos mesmos, podem também ser invocados os privilégios reconhecidos<sup>584</sup>.

Se o tribunal aceder ao pedido do requerente, ao terceiro é exigido que proceda à divulgação daqueles documentos como se fosse parte do processo, estando, por isso, sujeito aos mesmos deveres e, no caso de incumprimento, a sanções<sup>585</sup>.

Destarte, tal como a divulgação de documentos pelas partes, a divulgação ordenada a um terceiro pode implicar uma procura dos mesmos.

Um requerimento para a prolação de uma ordem de divulgação de documentos a terceiros deve especificar os documentos dos quais se requer a divulgação (cfr. *Rule* 31.17(4) das CPR). Tal como as partes, o terceiro deve identificar os documentos que já não se encontram sobre o seu poder e aqueles sobre os quais alega um direito ou dever de obstar à inspeção. Estas obrigações devem constar da notificação que informa da prolação da ordem de divulgação de documentos<sup>586</sup>.

Uma ordem ao abrigo da *Rule* 31.17 das CPR pode, também, ser requerida no âmbito da “*pre-action disclosure*”. Assim, se um terceiro estiver obrigado à apresentação de determinado documento na ação, a parte pode requerer a apresentação desse documento antes da ação ser intentada<sup>587</sup>. Devem, para isso, estar conjuntamente preenchidas as condições da *Rule* 31.17(3) e da *Rule* 31.16(3), ambas das CPR. Neste caso, apesar da prova

---

<sup>581</sup> Thomas Scott Gillespie Baker, juiz do *Court of Appeal*

<sup>582</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 771

<sup>583</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 772

<sup>584</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 770

<sup>585</sup> LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*, 451

<sup>586</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 768

<sup>587</sup> ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 721

ser produzida por um terceiro, ela não deixa de ser produzida antecipadamente, consubstanciando, por isso, um elemento importante no nosso estudo.

Em Portugal, o juiz também pode, a pedido da parte, intimar a parte contrária a juntar aos autos determinado documento que tenha em sua posse, nos termos do artigo 432.º do Código de Processo Civil, podendo aplicar as sanções previstas no artigo 433.º do mesmo diploma perante a recusa do terceiro em apresentar os documentos requeridos.

No entanto, o regime previsto nos artigos 432.º e 433.º do Código de Processo Civil não permite a antecipação desta prova, uma vez que a prova documental não entra no âmbito de aplicação dos artigos 419.º e 420.º do mesmo código.

\*

Após o estudo realizado sobre os institutos existentes nos sistemas brasileiro e inglês relativos à antecipação da atividade probatória, bem como das suas vantagens e desvantagens, cabe, finalmente, analisar o que pode o nosso sistema processual civil daqui aprender, apreciando criticamente o estado de arte em que o nosso ordenamento jurídico se encontra, bem como as diferenças inerentes às várias jurisdições aqui em estudo.

### **Capítulo III – O futuro do instituto da produção antecipada de prova em Portugal: novos horizontes para o Código de Processo Civil português**

Analisámos, até aqui, dois sistemas que tratam a antecipação da atividade probatória de forma completamente diferentes. No entanto, entre eles podemos encontrar uma semelhança: ambos reconhecem as vantagens que um conhecimento antecipado de todos os factos relevantes para um litígio pode ter no processo judicial e até, ou sobretudo, na prevenção do mesmo.

A verdade é que as soluções estudadas partem de um mesmo problema: o reconhecimento de que a justiça civilista é lenta, demasiado lenta, e cara, demasiado cara, muitas vezes conduzindo a resultados injustos.

Assim, também é verdade que *ratio* dos institutos estudados é a mesma: limitar o recurso aos tribunais ao mínimo necessário, incentivando a resolução extrajudicial de litígios, e, nos casos em que o processo judicial não puder ser evitado, torná-lo eficiente e económico, de forma a alcançar decisões justas. Aqui, os meios alternativos de resolução de litígios, nomeadamente os meios consensuais, como a mediação e a conciliação, assumem um papel fulcral.

Entre nós, o recurso aos tribunais é encarado, pela maioria das pessoas, como a única via possível para a resolução de um conflito. Consequentemente, os tribunais são diariamente inundados por processos judiciais, muitos deles injustificados, uma vez que poderiam ser fácil e economicamente dirimidos extrajudicialmente. Isto traduz-se num aumento da duração dos processos e da ineficiência do serviço judicial, que não tendo meios para responder a tantas interpelações, começa a produzir cada vez mais decisões desfasadas com a justiça.

Nas palavras de ANA CAROLINA VELOSO GOMES CARDOSO: “*É reconhecido que a pressão quantitativa sofrida pelos tribunais tem como contrapartida, de forma necessária, uma indesejável degradação das condições de funcionamento dos tribunais e uma sua proclamada ineficiência, existindo uma constante tensão entre volume processual, celeridade e qualidade.*”<sup>588</sup>.

---

<sup>588</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”; *Julgar*, n.º 34, (janeiro a abril de 2018), Almedina, 36

De facto, os tribunais estão cada vez mais afastados das pessoas e da realidade<sup>589</sup>, o que se traduz na falta de confiança dos cidadãos na justiça. Atualmente, a sistema judicial não presta um serviço adequado aos que a ele recorrem<sup>590</sup>. Podemos delimitar dois pontos de partida para este problema. Por um lado, a obtenção de uma decisão judicial demora demasiado tempo e é demasiado dispendiosa. Por outro lado, as normas jurídicas são demasiado técnicas, sendo impercetíveis para um não jurista e gerando decisões que as partes, por vezes, não conseguem compreender<sup>591</sup>.

Perante estes e outros problemas do sistema judicial, existe, cada vez mais, a consciência de que é possível recorrer a outras formas de resolver os litígios para além da sentença judicial – os meios extrajudiciais. Muitas vezes, é benéfico para as partes tentarem negociar entre si, sozinhas ou com a ajuda de um terceiro, uma solução consensual para o litígio, mais célere, mais económica, que se adequa às necessidades de todos os envolvidos<sup>592</sup> e que não crie a sensação de que uma parte é a vencedora e outra a vencida.

Este problema não se verifica apenas em Portugal, tendo sido já reconhecido pela União Europeia a necessidade de desjudicializar os conflitos e promover o recurso a meios alternativos de resolução de litígios. A conciliação destes meios alternativos com o sistema judicial é essencial para o alcance de uma justiça mais eficiente<sup>593</sup>.

Estando, já, conscientes da importância que a antecipação da atividade probatória, nomeadamente para uma fase pré-processual, tem na promoção do recurso a meios alternativos de resolução de litígios e na consequente fluidez do sistema judicial, cumpre, agora, analisar o ponto em que se encontra o instituto da produção antecipada de prova no direito processual civil português, ingressando no seu estudo, apontando as suas vantagens e discutindo as suas desvantagens, para assim podermos perceber que ensinamentos devemos retirar dos sistemas estudados e qual o caminho que se clarifica à nossa frente.

No sistema português, a produção antecipada de prova está consagrada, de forma limitada, nos artigos 419.º e 420.º do Código de Processo Civil.

---

<sup>589</sup> CARVALHO, Joana Campo; “A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais”; In: *A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Mediacao2019.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Mediacao2019.pdf), 9 a 51

<sup>590</sup> CARVALHO, Joana Campo; “A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais”, 44

<sup>591</sup> CARVALHO, Joana Campo; “A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais”, 11

<sup>592</sup> CARVALHO, Joana Campo; “A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais”, 23

<sup>593</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 36

Segundo o artigo 419.<sup>594</sup>, podem produzir-se antecipadamente, por receio fundado de que a sua produção se venha a tornar impossível ou muito difícil, as provas pericial, por depoimento ou por inspeção. O artigo 420.<sup>595</sup> consagra a aplicação processual da norma.

Como podemos comprovar, a produção antecipada de prova é autorizada, no sistema português, apenas para três provas específica: prova pericial, prova por inspeção ou prova por depoimento, seja testemunhal seja de parte<sup>596</sup>. Por outro lado, apenas é possível recorrer a este instituto perante a verificação do requisito de urgência, que o interessado deve alegar e provar. Este requisito de urgência deve consubstanciar uma de duas situações: quando esteja em risco a “*conservação da fonte da prova (impossibilidade)*”<sup>597</sup> ou quando a esteja em risco a “*facilidade de produzir (grande dificuldade)*”<sup>598</sup>. Perante uma destas situações a prova pode ser produzida ainda antes da ação ser proposta. Nestes casos, o requerente deve, de forma sucinta, indicar o pedido que se prevê que venha a ser deduzido na ação principal, bem como os respetivos fundamentos<sup>599</sup>.

Isto revela um outro aspeto essencial do instituto da produção antecipada de prova no ordenamento jurídico português: ele está sempre associado a uma concreta ação, presente ou futura, que é identificada pelo seu objeto e pelos seus intervenientes<sup>600</sup>.

Apesar de ser exigido o *periculum in mora*, no nosso ordenamento jurídico a antecipação probatória não assume natureza cautelar, mantendo a sua autonomia como um incidente e não estando, por isso, sujeita ao regime dos procedimentos cautelares, que só se aplica, por analogia, quando tal seja justificado. Nomeadamente, o requerente da antecipação da produção da prova não precisa de demonstrar o *fumus boni iuris*. Mesmo a prova do “*periculum in mora*” é menos exigente que nos procedimentos cautelares, uma vez que não

---

<sup>594</sup> “*Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação.*” (artigo 419.º do Código de Processo Civil).

<sup>595</sup> “*1 - O requerente da prova antecipada justifica sumariamente a necessidade da antecipação, menciona com precisão os factos sobre que há de recair e identifica as pessoas que hão de ser ouvidas, quando se trate de depoimento de parte ou de testemunhas.*

*2 - Quando se requeira a diligência antes de a ação ser proposta, indica-se sucintamente o pedido e os fundamentos da demanda e identifica-se a pessoa contra quem se pretende fazer uso da prova, a fim de ela ser notificada pessoalmente para os efeitos do artigo 415.º; se esta não puder ser notificada, é notificado o Ministério Público, quando se trate de incertos ou de ausentes, ou um advogado nomeado pelo juiz, quando se trate de ausentes em parte certa.*” (artigo 420.º do Código de Processo Civil).

<sup>596</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, 231

<sup>597</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, 231

<sup>598</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, 231

<sup>599</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, 231

<sup>600</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, 231

é exigido um juízo de certeza, mas apenas de probabilidade ou verosimilhança do perigo da impossibilidade ou dificuldade de produção da prova no momento adequado<sup>601</sup>.

A antecipação da atividade probatória, não tem, conseqüentemente, na jurisdição portuguesa, qualquer função de pacificação de litígios, resolução extrajudicial dos mesmos ou de promoção da eficiência e celeridade dos processos judiciais.

Na verdade, como foi já referido, não existem no sistema português, incentivos à troca de informação entre as partes antes da ação ser intentada nos tribunais. Por outro lado, todos os (poucos e insuficientes) mecanismos que existem no nosso ordenamento jurídico para o incentivo do recurso a meios alternativos de resolução de litígio ocorrem apenas depois do processo ser iniciado juntos dos tribunais. Assim, não se impede a conflituosidade inerente à propositura de uma ação, muitas vezes intensificada pelo decorrer do processo, nem o entupimento dos nossos tribunais com ações que poderiam e deveriam ser resolvidas extrajudicialmente. Isto é inadmissível num sistema onde a justiça é já tão lenta e está tão descredibilizada perante os seus utilizadores como acontece em Portugal.

A previsão atual da antecipação da produção de prova reproduz a versão do antigo Código de Processo Civil português. A forma como este instituto é admitido no nosso ordenamento jurídico é, também, similar à previsão do mesmo instituto na legislação brasileira anterior a 2015. No entanto, o legislador brasileiro atendeu ao apelo da doutrina, consagrando um novo regime, e deixando para trás um sistema obsoleto e que já não correspondia às necessidades do direito processual civil atual.

Parece-nos que Portugal ficou para trás nesta matéria, uma vez que manteve, em 2013, quase intocada, a previsão constante do antigo Código de Processo Civil relativa à produção antecipada de prova.

Os sistemas estudados não são perfeitos, sendo-lhes reconhecidas, entre outras, os problemas e os defeitos já expostos no corpo deste trabalho. No entanto, consideramos que, globalmente pensados, as suas vantagens se sobrepõem suas desvantagens, e que o sistema português poderia tirar proveito dalguns aspetos destas soluções.

No entanto, reconhecemos desde já, que as diferenças entre os vários sistemas não são, muitas vezes, ultrapassáveis, e que soluções que apresentam bons resultados num ordenamento jurídico, podem ser desastrosas perante legislações diferentes. A absorção de opções legislativas de outros países deve sempre ter em conta as especificidades de cada

---

<sup>601</sup> LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, 231

ordenamento, e os institutos devem ser adaptados às necessidades concretas de cada sistema judicial. Não podemos olvidar que a cada ordenamento jurídico vem associada uma sociedade com uma mentalidade e uma cultura bastante acentuadas.

Consideramos que, apesar do esforço crescente por parte de alguns magistrados, para incentivarem a resolução consensual do litígio, nomeadamente através de transações em audiência de julgamento, em Portugal, são apenas três as áreas do direito em que o recurso a meios alternativos de resolução de litígios é promovido e, de facto, aceite (por vezes, de forma involuntária) pelos utilizadores do sistema judicial: o direito da família, o direito do trabalho e o direito do consumidor. Nas restantes áreas, consideramos, temos ainda um longo caminho a percorrer. De facto, no nosso ordenamento não temos, ainda, os meios necessários para incentivar e proporcionar aos cidadãos o recurso em massa a meios alternativos de resolução de litígios ou, pelo menos, à solução consensual dos mesmos.

Apesar disto, existem, na lei processual civil portuguesa, várias normas que permitem incentivar as soluções consensuais de litígios. Particularmente, o artigo 594.º, que prevê a tentativa de conciliação judicial, a realizar na audiência prévia, e o artigo 273.º, que consagra o poder do juiz remeter o processo para mediação, suspendendo a instância, ambos do Código de Processo Civil.

Relativamente ao mecanismo previsto no artigo 594.º, cumpre apontar três razões pelas quais este artigo não é, apesar da bondade da solução legislativa, eficiente: por um lado, os nossos juízes não têm ainda uma cultura de resolução consensual de litígios que permita a aplicação cabal desta norma; por outro lado, porque a conciliação, judicial ou não, envolve um considerável gasto de tempo, exigindo a audição atenta das partes, dos seus problemas e das suas reivindicações, tempo que, devido ao excesso de trabalho, os juízes portugueses não possuem; por último, ao juízes portugueses não tem formação para atuar como conciliadores, o que provoca que, mesmo quando este instituto seja aplicado, nem sempre alcance os objetivos pretendidos<sup>602</sup>. Assim, muitas vezes, a tentativa de conciliação traduz-se no mero questionamento às partes se existe possibilidade de acordo e, perante uma resposta negativa, o processo segue os seus termos.

A aplicação do artigo 273.º debate-se, também ela, com a mentalidade tipicamente conflitual dos juízes portugueses, e das próprias partes. Assim, nas poucas vezes que este instituto é utilizado pelos juízes, a mediação é, muitas vezes, rejeitada pelas partes, que não

---

<sup>602</sup> CARVALHO, Joana Campo; “A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais”, 45-46

confiam neste e noutros meios alternativos de resolução de litígios, por considerarem que só a sentença judicial tem a capacidade de dirimir litígios.

A utilização de meios alternativos de resolução de litígios tem diversas vantagens, algumas já referidas, como a resolução extrajudicial de conflitos e a conseqüente libertação dos tribunais de um número excessivo de processos desnecessários, mas, sobretudo, ela tem uma importante vertente de pacificação social, de que, muitas vezes, as decisões judiciais carecem. As decisões judiciais, ao criarem dois polos antagônicos, através da ideia de uma parte vencedora e outra vencida, de uma parte com razão e uma parte sem razão, muitas vezes intensificam socialmente os litígios, não sendo possível pacificá-los a nível relacional e, conseqüentemente, frustrando-se o objetivo de alcançar a paz social<sup>603</sup>.

Apesar das suas vantagens, existem vários motivos que justificam o reduzido recurso da população portuguesa aos meios alternativos de resolução de litígios. Por um lado, existe uma justificação cultural: as pessoas tendem a considerar que, naquele litígio, são as únicas a terem razão, e só uma sentença judicial lhes passará esse atestado. Isto reduz as chances de colaboração e negociação entre as partes. Por outro lado, as pessoas procuram, nos tribunais, uma função punitiva ou, até, vingativa, que os meios alternativos de resolução de litígios não têm e que colide diretamente com a sua função de pacificação social. Por último, apesar da falta de credibilidade que o sistema judicial apresenta perante os cidadãos, estes continuam a preferir ver os conflitos dirimidos pela decisão de um juiz do que através da negociação com a parte contrária<sup>604</sup>.

Importa, também, notar que as políticas legislativas, tendencialmente, se centram na quantidade de litígios dirimidos pelos tribunais e não na sua qualidade. Assim, os meios alternativos de resolução de litígios, que poderiam, não só melhorar a qualidade da resolução de conflitos, como libertar os tribunais de processos desnecessários, são esquecidos pelo legislador e pelo próprio sistema judicial, não sendo prosseguida a devida divulgação e promoção dos mesmo e das suas benesses<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 40-41

<sup>604</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 41-42

<sup>605</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 42

Por último, os próprios advogados desincentivam, ou, pelo menos, não incentivam as partes a recorrer aos meios extrajudiciais de resolução de litígios. Com receio de perderem clientes ou verem os seus honorários reduzidos, estes profissionais, que deveriam ser os primeiros – por serem, muitas vezes, o primeiro contacto com o sistema de justiça – a expor aos seus clientes as vantagens do recurso a meios alternativos de resolução de litígios, e promover a sua utilização, acabam, muitas vezes, por serem os primeiros a colocar entraves à mobilização daqueles mecanismos. Este receio é, contudo, irrazoável, uma vez que os meios alternativos de resolução de litígio permitiriam aos seus clientes uma resolução mais célere e mais satisfatória dos seus conflitos, traduzindo-se em boa publicidade para o advogado e, conseqüentemente, em mais clientes<sup>606</sup>. Este fator revela o desconhecimento do que são os meios alternativos de resolução de litígios e quais as suas vantagens por parte dos próprios advogados. Por outro lado, os advogados insistem, muitas vezes no clima conflitual, porque existe a cultura de que as ações devem ser ganhas em tribunal.

Um fator que não deve ser ignorado é a personalidade bélica e aguerrida dos portugueses, enquanto povo latino<sup>607</sup>, que é transversal, na maior parte dos casos, às partes, aos advogados, e ao próprio juiz. Quanto a isto dizemos apenas que se, por um lado, compreendemos o sentimento de revolta das partes, que estão a discutir, muitas vezes, um assunto da sua esfera privada, por outro, repugnamos esta atitude nos mandatários e, principalmente, nos juízes, que deveriam assumir um papel de racionalidade acrescida, contrariando o ímpeto de vingança das partes.

Nas palavras de MIGUEL MESQUITA: *“O processo é um campo conflitual, pois na sua origem encontra-se, na esmagadora maioria das situações, um litígio. Mas o processo, especialmente nos casos em que as partes se encontram representadas por advogados, não tem de ser ou não deve ser um campo conflituoso ou de «guerra aberta», como se de um duelo se tratasse. Pelo contrário, o processo moderno tem de ser mais dialogado, mais virado para a descoberta da verdade, sob pena de poder constituir, com frequência, fonte de decisões injustas.”*<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 52

<sup>607</sup> DAVID, Mariana Soares; “A mediação privada em Portugal: que futuro?”; *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 77, Vol. III/IV, (julho a dezembro de 2017), 765

<sup>608</sup> MESQUITA, Miguel; “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, 78

Assim, apesar de todas as vantagens invocadas acerca dos meios alternativos de resolução de litígios, o sistema português tem falhado redondamente na sua divulgação e promoção, sendo que todos os incentivos que existem ao recurso a estes meios ocorrem já no seio de uma ação judicial, frustrando, de início, um dos objetivos do recurso a estes mecanismos: evitar o próprio processo.

Cumprido, ainda, referir que, apesar de muitas ações judiciais terminarem em transação, isto não beneficia o sistema em termos de celeridade ou qualidade das decisões, uma vez que estes acordos são atingidos, a maior parte das vezes, na audiência de julgamento. Ou seja, o juiz já conduziu o processo praticamente na totalidade, despendendo desnecessariamente tempo e recursos do tribunal, num litígio que, pelos vistos, poderia ter sido resolvido de forma muito mais rápida através do recurso a meios alternativos<sup>609</sup>.

No que toca à mudança de mentalidades estamos ainda muito longe da linha da meta, uma vez que em Portugal existe, ainda, na nossa opinião, uma postura de conflituosidade intrínseca e estrutural, que é transversal às partes, advogados e magistrados. Por cá, continua a considerar-se que todos os conflitos têm que ser dirimidos em tribunal, por um juiz de direito e que só uma das partes pode sair vencedora.

Perante este cenário, o que podemos aprender com os sistemas estudados neste trabalho?

O sistema brasileiro reconhece, desde 2015, o direito autónomo à prova, que, como já vimos, atribui aos utilizadores do sistema judiciário a possibilidade de produzir qualquer prova, independentemente de qualquer processo judicial presente ou futuro. Parece-nos que foi neste sistema que foi dado o “passo de gigante” naquilo que à prova no processo civil concerne. Um passo, talvez, grande demais.

Creemos que a consagração de um direito autónomo à prova, como ocorre no sistema brasileiro, pode ser excessivo. Se, por um lado, concordamos com a consagração da produção antecipada da prova por motivos de urgência (como, de resto, já é consagrada em Portugal), ou para evitar a propositura de uma ação, uma vez que as partes, mais conscientes da sua posição processual, bem como da posição da parte contrária, quando não desistam do processo, por concluírem pela falta de fundamento, sempre estarão mais disponíveis para negociar e alcançar um acordo justo e benéfico para ambas as partes, por outro lado,

---

<sup>609</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 58

considerarmos que permitir a produção antecipada de qualquer prova, independentemente de qualquer processo presente ou futuro, traria mais desvantagens do que vantagens.

Somos da opinião que a produção antecipada de prova deve ser consagrada tendo em vista aquelas duas finalidades (evitar o perecimento de uma prova ou evitar o próprio processo judicial, seja pela consciência de inexistência de fundamento, seja pelo recursos a meios alternativos de resolução de litígios), sempre que haja uma probabilidade razoável de vir a ocorrer um litígio judicialmente relevante entre as partes. No entanto, somos contra a produção antecipada de prova sem estar verificada esta probabilidade razoável.

Não podemos olvidar que estamos perante uma ação jurisdicionalizada, o que significa que, apesar de uma das suas finalidades ser prevenir o processo judicial, aquela ação está, já, a contribuir para o estrangulamento do sistema judicial, uma vez que já está a despender recursos do tribunal. Assim, consideramos que a admissibilidade da antecipação judicial de produção de prova perante situações em que não exista uma probabilidade razoável de ocorrer um litígio, mais do que libertar o sistema, seria um fator de aumento de atrasos nos nossos tribunais, já tão incansavelmente acusados de serem lentos.

Numa perspetiva diferente, o sistema inglês, ao permitir o acesso aos documentos relevantes para a ação mesmo antes desta ser intentada, encontrou um mecanismo de prevenção de processos judiciais funcional, uma vez que o conhecimento global do processo permite desistir de pretensões infundadas ou celebrar acordos que respondam adequadamente à pretensão de cada parte. Ainda assim, quando este primeiro objetivo de resolução extrajudicial de litígios não funciona, a troca antecipada de documentos relevantes permite-lhes encarar os processos de forma muito mais preparada, tornando-os mais expeditos e menos dispendiosos, como aliás é ambição do sistema inglês e deveria ser de todos os sistemas processuais civis que pretendem dar uma resposta justa e adequada às exigências dos seus cidadãos.

Em Portugal não existe nenhum mecanismo que incentive a troca de documentos entre as partes na fase pré-processual, como ocorre no sistema inglês através da “*pre-action disclosure*” e dos “*pre-action protocols*” e das “*practice directions*” a eles relativas<sup>610</sup>, sendo

---

<sup>610</sup> Em Portugal, o Código de Processo Civil consagra, no seu artigo 7.º, o princípio da cooperação, atribuindo às partes o dever de cooperar entre si e com o tribunal. No entanto, no nosso sistema, este dever de cooperação surge apenas após o início do processo, não podendo, o juiz português valorar os comportamentos pré-processuais das partes.

que a prova documental não está, sequer, incluída no âmbito de aplicação do artigo 419.º do Código de Processo Civil.

Consideramos que um mecanismo inspirado ou até semelhante ao consagrado pelos “*pre-action protocols*” e pelas “*practice directions on pre-action conduct and protocols*” seria benéfico entre nós, nomeadamente através da consagração de um regime geral, similar às “*practice directions*”, que promovesse a cooperação pré-processual entre as parte.

A previsão de um instituto deste género teria a vantagem de impulsionar o recurso a meios alternativos de resolução de litígios e, nos casos em que tal não fosse possível, teria a vantagem de dotar as partes de informações mais completas que, se não evitassem a propositura da ação, sempre aclarariam qual a verdadeira questão em conflito e ajudariam a definir o litígio, tornando o processo mais eficiente. Ao mesmo tempo que se adquiriam estas vantagens, contornava-se o principal problema de um sistema similar ao brasileiro: o facto de se tratar de um processo jurisdicionalizado que, por isso, contribuiria, ainda mais, para o estrangulamento do sistema judiciário.

No sentido de admitir entre nós um regime semelhante ao que vigora no processo civil inglês, invocamos ANA CAROLINA VELOSO GOMES CARDOSO, que propõe a previsão legislativa de um dever de os mandatários das partes procederem, entre si “*a uma troca antecipada de informação, com vista à resolução extrajudicial do litígio, com recurso a um procedimento que poderá ou não ser de mediação.(...) Para o efeito, deveria ser regulamentado um processo extrajudicial muito simples de troca antecipada de informação, anteriormente ao procedimento de mediação, caso não logrem acordar logo sobre o litígio, de uma forma próxima à prevista no sistema jurídico inglês (...). Caso as partes não lograssem acordar, as provas produzidas seriam obrigatoriamente apresentadas em juízo com a instauração do processo judicial.*”<sup>611</sup>.

Apesar desta proposta se dirigir, em particular, à mediação, consideramos que a mesma pode ser defendida para a fase pré-processual de todos os processos judiciais, uma vez que a cooperação das partes nesta fase é aconselhável em todos os litígios. Por outro lado, a própria autora, para além, de fazer referência ao sistema inglês, que utiliza este mecanismo para promover a utilização de qualquer meio alternativo de resolução de litígios, faz, inclusive, menção à “*à resolução extrajudicial do litígio, com recurso a um*

---

<sup>611</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 53

*procedimento que poderá ou não ser de mediação*”<sup>612</sup>, ampliando, desde logo, o âmbito do seu raciocínio.

Acreditamos que uma previsão destas seria um ponto de viragem no nosso sistema judiciário, por um lado porque diminuiria a litigância entre as partes, permitindo e promovendo o recurso a meios de resolução alternativa de litígios, e, por outro, porque ajudaria a diminuir a pressão nos nossos tribunais, libertando-os de processos desnecessários, e incrementando a celeridade e a qualidade das decisões judiciais proferidas.

Porém, defendemos que uma tal previsão legislativa só vingaria entre nós se fosse acompanhada por uma campanha gritante de divulgação e promoção dos meios alternativos de resolução de litígios. Aliás, somos da opinião que tal campanha é essencial no nosso sistema judiciário, independentemente de qualquer alteração legislativa.

---

<sup>612</sup> CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”, 53

## Conclusão

Aqui chegados, estamos confiantes em dizer que a antecipação da prova pode ser a solução de alguns dos problemas do processo civil, nacional e não só, particularmente, do entupimento do sistema judiciário, por prevenir de forma antecipada os litígios, e da onerosidade e demora, por simplificar os processos quando eles não podem ser evitados. É assim, já, noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no ordenamento brasileiro e no ordenamento inglês aqui estudados, e acreditamos que, por cá, pode ajudar a restaurar a confiança dos cidadãos nos tribunais, bem como apaziguar a mentalidade conflitual das partes e dos seus mandatários.

Acreditamos, também, como foi já exposto, que não devemos, simplesmente, copiar os sistemas existentes no exterior, mas retirar apenas o que pode, efetivamente, ser útil para o direito processual civil português, adaptando-o às nossas necessidades e especificidades.

No entanto, somos acérrimos defensores de que Portugal tem ainda muito para crescer relativamente à produção antecipada de prova, tendo, a nosso ver, perdido essa oportunidade no Código de Processo Civil de 2013. No entanto, o legislador está sempre a tempo de introduzir novas regras nesta área, utilizando este instituto como forma de prevenção de litígios, através do incentivo às formas extrajudiciais de resolução de justiça, ou, quando tal não seja possível, como forma de simplificação e agilização dos processos. Isto culminará numa justiça mais rápida, mais económica e mais justa, seja através da diminuição do número de processos que correm nos tribunais, seja através do aumento da eficiência e eficácia daqueles litígios que, inevitavelmente, têm que ser judicialmente dirimidos.

Acreditamos que esta mudança é necessária no nosso ordenamento jurídico e estamos curiosas sobre a forma como o legislador, a seu devido tempo, a vai implementar.

Concluimos esta dissertação com uma frase de um dos autores que mais nos ensinou no decurso desta investigação e que acreditamos encerra plenamente este trabalho e tudo o que com ele pretendemos transmitir. Assim, como NEIL ANDREWS refere: “*Perhaps no system of civil justice can deliver perfect justice (...). But even if perfection is out of reach, there is a need to improve the civil justice system.*”<sup>613</sup>.

---

<sup>613</sup> ANDREWS, Neil, *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 60

## **Bibliografia**

ALVES, André Bruni Vieira; “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”; In: *Grandes temas do Novo CPC, v. 5: Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim, Salvador: JusPodivm, 2015, 465-479

ANDREWS, Neil; *Andrews on Civil Processes – Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, 2ª edição, Cambridge: Intersentia, 2019

\_\_\_\_; “English Civil Procedure: A Synopsis”; *Ritsumeikan Law Review*; n.º25, (2008), 25-61

BARBOSA, Mafalda Miranda; “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”; *Cadernos de Direito*, n.º 38; (abril/junho 2012), 14 -27

BRAGA, Paula Sarno; *Processo Civil, Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*, 3.º edição revista, atualizada e ampliada, Salvador: JusPodivm, 2020

CABANELAS, Fernando Manuel Barroso; “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, (2018), ano 15, n.º 29, 87-110

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix; “A produção antecipada de prova e o novo CPC”; In: *Grandes temas do Novo CPC, v. 5: Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim, Salvador: JusPodivm, 2015, 449-464

CARDOSO, Ana Carolina Veloso Gomes; “Mediação (civil e comercial) e celeridade processual — propostas para dinamização da mediação e da sua integração nos tribunais como meio de redução de pendências”; *Julgar*, n.º 34, (janeiro a abril de 2018), Almedina, 35-60

CARVALHO, Joana Campo; “A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais”; In: *A mediação e a conciliação nos conflitos civis e comerciais*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, disponível em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Mediacao2019.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Mediacao2019.pdf), 9 a 51

DAVID, Mariana Soares; “A mediação privada em Portugal: que futuro?”; *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 77, Vol. III/IV, (julho a dezembro de 2017), 741-784

DANGOOR, Margaret; “The Pre-action Protocol for the resolution of clinical disputes – Is the prescription good medicine?”; *Clinical Risk* (2001), n.º 7, 3-9

DIDIER JR., Fredie; “Produção Antecipada da Prova”; In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim, Salvador: JusPodivm, 2015, 493-506

\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, vol. 2, 11.ª edição revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivm, 2016

DICKEY, Jennifer; *Disclosure of documents in civil proceedings in England and Wales*, disponível em: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/disclosure-of-documents-in-civil-proceedings-in-england-and-wales>

DONIZETTI, Elpídio; *Novo Código do Processo Civil comentado*; 2.ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2017

EVANS, David; “The civil procedure reforms two years on: opportunities for NHS Trusts”; *Clinical Risk* (2001), n.º 7, 10-13

GRAINGER, Ian; FEALY, Michael; SPENCER, Martin; *The civil procedure rules in action*, 2ª ed., Londres: Cavendish Publishing Limited, 2000

KONSTANTINOU, Christos S.; “Pre-Action Protocols 14 Years on: Have they Been Proven to be Conducive to Settlement?”, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2175448](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2175448);

LANES, Júlio César Goulart; POZATTI, Fabrício Costa; “O juiz como único destinatário da prova (?)”; In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim, Salvador: JusPodivm, 2015, 91-105

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago; “Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC”; In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim, Salvador: JusPodivm, 201, 481- 492

LEBRE DE FREITAS, José; ALEXANDRE, Isabel; *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2019

LIM, Mark; “A guide to the litigation process”. Disponível em: <https://www.lewissilkin.com/en/insights/a-guide-to-the-litigation-process>

LOPES, João Batista; “Direito à Prova, discricionabilidade judicial e fundamentação da sentença”; In: *Grandes temas do Novo CPC*, v. 5: *Direito probatório*, coordenador geral: Fredie Didier Jr.; coordenadores: William Santos Ferreira, Marco Félix Jobim; JusPodivm, Salvador, 2015, 49-58

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen; *Civil Procedure*; 2ª ed, Londres: Cavendish Publishing Limited, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

\_\_\_; *Novo Curso de Processo Civil – Volume 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MATOS, Filipe de Albuquerque; “Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica”, *Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, (2014), ano 11, n.º 21-22, 9-33

MESQUITA, Miguel; “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*; ano 145, n.º 3995, ( novembro-dezembro de 2015), 78-108

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: JusPodivm, 2016

- PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015
- PIMENTA, Paulo; *Processo Civil Declarativo*; 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão, Almedina, 2021
- RAPOSO, Vera Lúcia; *Do ato médico ao problema jurídico*; reimpressão, Almedina, Coimbra, 2018
- REMÉDIO MARQUES, J.P.; *Ação declarativa à luz do código revisto*; 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora
- SANTOS, Juliano Locatelli; “A produção antecipada de prova no CPC de 2015 e a diminuição da litigância”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*; ano 5 (2019), n<sup>o</sup> 2
- SCOTLAND, Alastair; “The Clinical Disputes Forum”, *Medico-legal Journal* (2001) Vol. 69, n.º 4, 152-165
- SOUSA, Luís Filipe Pires de; “O ónus da prova na responsabilidade civil médica”, *Data Venia*, (junho 2018), ano 6, n.º 08, 5-24
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; *Código de Processo Civil anotado*, colab. Theodoro, Humberto Neto; Mello, Adriana Mandim Theodoro de; Theodoro, Ana Vitória Mandim, 20.<sup>o</sup> edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2016
- WOOLF, Lord; “Clinical negligence: what is the solution? How can we provide justice for doctors and patients?”. *Medical Law International* (2000) Vol. 4, 133-144
- YOUNG, Magi; “The Clinical disputes Pre-action Protocol – is it working? A claimant’s solicitor’s perspective”, *Clinical Risk* (2001), n.º 7, 4-47
- ZUCKERMAN, Adrian; *Zuckerman on Civil Procedure – Principles of Practice*, 3.<sup>a</sup> edição, Sweet & Maxwell, 2013

## **Web grafia**

<https://e-justice.europa.eu/>

<https://www.justice.gov.uk/>

<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/>

<https://www.citizensadvice.org.uk/>

## **Jurisprudência nacional**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 26-04-2017, no âmbito do processo 1447/12.5TVLSB.L1-1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>

## **Jurisprudência do Court of Appeal of England and Wales**

Balabel v Air India [1988]

Bermuda International Securities Ltd v KPMG [2001]

Black v Sumitomo [2001]

Frankson v Home Office [2003]