

Prova

JUSTIÇA ECONÓMICA EM PORTUGAL



caderno 3/6

Coordenadores científicos

Mariana França Gouveia

Nuno Garoupa

Pedro Magalhães

Diretor executivo

Jorge Morais Carvalho

GOUVEIA, Mariana França

é licenciada e doutorada em Direito, na especialidade de Direito Processual Civil. É Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde ensina Direito Processual Civil e Resolução Alternativa de Litígios. É ainda Consultora do Departamento de Contencioso e Arbitragem da SRS Advogados. É vogal do Conselho do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial de Lisboa, membro da Comissão de Arbitragem da delegação portuguesa da CCI e da Comissão de Prática Arbitral da Associação Portuguesa de Arbitragem. É autora de diversas monografias e artigos científicos em Processo Civil, Arbitragem, Mediação e Julgados de Paz.

GAROUPA, Nuno

é professor catedrático de Direito e co-director do Programa em Direito, Comportamento Humano e Ciências Sociais na Universidade de Illinois, Estados Unidos, e investigador associado do FEDEA (Madrid), Espanha. Foi professor na Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, Espanha), na Universidade Nova de Lisboa, IMDEA (Madrid, Espanha) e na Universidade de Manchester (Reino Unido). Foi também professor e investigador convidado nas escolas de Direito das Universidades de Stanford, Harvard, Berkeley, George Mason (Virgínia), Carlos III (Madrid), ACLE (Amsterdão) e FGV (Rio de Janeiro). Actualmente é membro do Conselho Científico e Cultural da Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS). A sua área de investigação é Direito e Economia (*Law and Economics*) e Direito Comparado. Autor de mais de setenta artigos publicados nas melhores revistas académicas da especialidade, nos últimos dez anos tem trabalhado no estudo da organização e governo da justiça. Prémio de investigação da Comunidade de Madrid “Julián Marías” 2010 (Menos de 40 anos).

MAGALHÃES, Pedro

é investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Licenciado em Sociologia pelo ISCTE em 1993 e doutorado em Ciência Política pela Ohio State University em 2003, faz investigação nas áreas do comportamento eleitoral, opiniões e atitudes sociais e políticas, instituições políticas e judiciais e metodologia dos inquéritos por questionário. Tem trabalhos publicados em livros editados pela Oxford University Press, Routledge, Imprensa de Ciências Sociais e outras, e em revistas académicas como *American Journal of Political Science*, *Public Choice*, *Comparative Politics*, *West European Politics*, *Electoral Studies* e outras.

CARVALHO, Jorge Morais

nasceu em Lisboa, em 1979. Licenciou-se (2002) e doutorou-se (2011) na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde exerce atividade docente. É assessor jurídico, com funções de coordenação, do Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo e membro do Conselho Diretivo do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. É investigador nas áreas do direito civil, direito processual civil e sistemas jurídicos comparados, com cerca de trinta trabalhos publicados.



FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS

Largo Monterroio Mascarenhas, n.º 1

1099-081 Lisboa

Telf: 21 00 15 800

ffms@ffms.pt

© Fundação Francisco Manuel dos Santos e Ricardo Gonçalves,
Novembro de 2012

Director de Publicações: António Araújo

Título: Justiça Económica em Portugal: Produção de Prova

Autores: Mariana França Gouveia

Nuno Garoupa

Pedro Magalhães

Jorge Morais Carvalho

Lucinda Dias da Silva

Revisão de texto: João Pedro George

Design: Inês Sena

Paginação: Guidesign

Impressão e acabamentos: Guide – Artes Gráficas, Lda.

ISBN: 978-989-8424-89-1

Dep. Legal: 354997/13

As opiniões expressas nesta edição são da exclusiva responsabilidade do autor e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial dos conteúdos desta obra deve ser solicitada ao autor e editor.

JUSTIÇA ECONÓMICA EM PORTUGAL

Produção de Prova

JUSTIÇA ECONÓMICA EM PORTUGAL

Produção de Prova

Coordenadores científicos

Mariana França Gouveia
Nuno Garoupa
Pedro Magalhães

Diretor executivo

Jorge Morais Carvalho

Redatora principal

Lucinda Dias da Silva

ÍNDICE

Justiça Económica em Portugal: Produção de Prova

	Sumário executivo
9	1. Prova
9	2. Resultados estatísticos
9	3. Análise das entrevistas
10	4. Propostas
	Capítulo 1
11	Introdução
	Capítulo 2
13	Resultados Estatísticos
13	2.1. Duração média de cada fase do processo
14	2.2. Dados relativos aos meios de prova
	Capítulo 3
17	Análise das Entrevistas
17	3.1. Prova testemunhal
22	3.2. Prova por depoimento de parte
24	3.3. Prova documental
28	3.4. Prova pericial
	Capítulo 4
35	Regime jurídico da prova testemunhal
35	4.1. Portugal
37	4.2. Alemanha
38	4.3. Inglaterra
39	4.4. Itália
	Capítulo 5
41	Regime jurídico do depoimento de parte
41	5.1. Portugal
43	5.2. Alemanha
44	5.3. Itália
	Capítulo 6
47	Regime jurídico da prova documental
47	6.1. Portugal

50	6.2. Alemanha
52	6.3. Inglaterra
53	6.4. Itália
	Capítulo 7
55	Regime jurídico da prova pericial
55	7.1. Portugal
58	7.2. Alemanha
60	7.3. Inglaterra
61	7.4. Itália
62	7.5. <i>IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration</i>
	Capítulo 8
63	Princípios processuais transnacionais em matéria de prova
	Capítulo 9
67	A prova nas visitas a tribunais estrangeiros
67	9.1. <i>The Commercial Court</i>
71	9.2. <i>Amtsgericht Dippoldiswalde e Landgericht Dresden</i>
	Capítulo 10
73	Síntese conclusiva
73	10.1. Juiz competente
74	10.2. Meios de prova admissíveis
74	10.3. Prova testemunhal
74	10.3.1. Iniciativa
74	10.3.2. Número de testemunhas
75	10.3.3. Forma do depoimento escrito
76	10.3.4. Depoimento oral subsequente
76	10.3.5. Testemunha-perito
76	10.4. Prova pericial
76	10.4.1. Iniciativa
76	10.4.2. Critério de designação
77	10.4.3. Perícia singular ou colegial
78	10.4.4. Forma de reação contra a ausência de resposta ou falta de colaboração do perito

78	10.4.5. Tentativa de obtenção de acordo entre os peritos
78	10.4.6. Dever de apresentação de relatório pericial
78	10.4.7. Prestação de depoimento oral
79	10.4.8. Segunda perícia
79	10.5. Depoimento de parte
79	10.5.1. Meio de prova principal ou subsidiário
79	10.5.2. Iniciativa
79	10.5.3. Factos objeto do depoimento
80	10.5.4. Consequências da não comparência
80	10.5.5. Força probatória
80	10.6. Prova documental
80	10.6.1. Iniciativa
81	10.6.2. Momento de apresentação
81	10.6.3. Obtenção de documentos em poder de terceiro ou da parte contrária
81	10.6.4. Consequências da não colaboração
82	10.6.5. Resumo da atividade probatória

Capítulo 10

83	Propostas de solução
84	11.1. Resolução do problema dos adiamentos das audiências
86	11.2. Alteração integral do modo de produção da prova pericial
87	11.3. Alterações ao regime da prova testemunhal
87	11.3.1. Tempo limitado de inquirição
88	11.3.2. Depoimento escrito
89	11.3.3. Dispensa de testemunhas
89	11.3.4. Meios tecnológicos
90	11.3.5. Modo de notificação dos depoentes
90	11.4. Alterações ao regime da prova documental
90	11.4.1. Gestão e controlo da prova documental
91	11.4.2. Prova eletrónica
92	11.4.3. Junção dos documentos
92	11.5. Alteração do regime da prova por depoimento de parte

Sumário executivo

1. Prova

A prova é um ponto cardinal para a determinação dos factos que são considerados verdadeiros em processo judicial, razão pela qual constitui um vetor determinante para o sucesso ou insucesso de uma ação.

2. Resultados estatísticos

O período que medeia entre a primeira sessão de julgamento e a sentença contribui, aproximadamente, 9 por cento para a duração total do processo.

As ações declarativas em que há realização de prova pericial têm, em média, uma duração superior em aproximadamente 220 dias à de processos sem realização de prova pericial.

Em cerca de 96 por cento dos processos as partes recorrem à prova documental, média que diminui para cerca de 82 por cento no que respeita a prova testemunhal. A prova pericial é requerida em cerca de 14 por cento dos processos, enquanto a prova por inspeção é utilizada em menos de 2 por cento dos processos.

3. Análise das entrevistas

A generalidade dos entrevistados (independentemente da sua posição no sistema judicial) revelou concordar com a existência de um limite no que diz respeito ao número de testemunhas admissível.

A possibilidade de a parte depor também quanto a factos que lhe são favoráveis seria, se consagrada, uma medida positivamente acolhida, sobretudo pelos advogados e empresas, que consideram que esta iria ao encontro da realidade das PME.

A determinação do momento mais adequado para apresentação da prova documental não é ponto consensual entre os entrevistados, mas estes são unânimes quando defendem que esse momento não deve ser tão amplo que possa ser utilizado para esconder elementos do processo.

No que concerne à prova pericial, um dos problemas mais acentuados pelos inquiridos refere-se ao tempo gasto nesta fase. Vários advogados concordam que a prova pericial é utilizada como manobra dilatória e que o Código devia ser revisto para o impedir.

4. Propostas

- a. Impossibilidade de adiamento de audiência através da suspensão do processo por acordo entre as partes.
- b. Gravação áudio de todos os atos que têm lugar seja em qualquer audiência oral, seja em audiência concretamente destinada à produção de prova.
- c. Alteração integral do modo de produção da prova pericial, oferecendo-se várias hipóteses em alternativa, a escolher no caso concreto.
- d. Modernização do modo de produção da prova testemunhal através da consagração mais ampla da possibilidade de depoimento escrito, da limitação do tempo de inquirição, da possibilidade de dispensa de quê? da inquirição mediante recurso a novas tecnologias, etc.
- e. Gestão e controlo da prova documental, através da consagração de mecanismos que permitam ao juiz e às partes organizarem e controlarem mais facilmente os documentos do processo, como numeração única, dossiês únicos com documentos essenciais, etc.
- f. Regulamentação adequada da prova eletrónica.
- g. Necessidade de justificação da razão da junção de novos documentos e possibilidade de indeferimento dessa junção pelo juiz.
- h. Alteração do regime da prova por depoimento de parte no sentido de permitir a prova de factos favoráveis ao depoente.

Capítulo 1

Introdução

É incontroverso o relevo da prova no contexto do processo jurisdicional.

Visando-se, por intermédio deste, a resolução de litígios mediante a aplicação do Direito aos factos, a solução a adotar em sede de decisão final dependerá, em grande medida, da base factual que for apurada, isto é, dos factos processualmente relevantes.

Só se terão, porém, por factos suscetíveis de serem base da decisão judicial aqueles que forem considerados provados. A prova é, nesta medida, o ponto cardinal que determina que factos podem ou não ser considerados e tidos por verdadeiros em processo judicial. Razão pela qual constitui um vetor determinante para o sucesso ou insucesso de uma ação.

Dada esta relevância da atividade probatória, importa que o seu regime jurídico obedeça a exigências de adequação, celeridade e efetividade. Tanto configura condição essencial para que os direitos relativos à prova possam ser plena e eficazmente exercidos e, conseqüentemente, para a verificação de uma das condições essenciais para a real operatividade do sistema judicial.

A importância das repercussões que a correta configuração do regime processual da prova tem no plano do regime processual (quer materialmente, quer ao nível da tramitação) determinou a escolha deste tema para um relatório específico.

Este texto encontra-se dividido em várias partes.

Procede-se primeiro a uma análise dos resultados obtidos, no que respeita à matéria da prova na sequência, por um lado, da consulta de processos em tribunais portugueses e, por outro lado, de entrevistas realizadas a operadores judiciários.

Analisa-se o regime legal (português, alemão, inglês e italiano) relativo a vários meios de prova previstos na lei portuguesa: prova testemunhal, depoimento de parte, prova documental e prova pericial.

Investigam-se, depois, os princípios processuais transnacionais em matéria de prova, enquanto critérios jurídicos cuja consideração é importante em sede de gestão e controlo da produção de prova.

Faz-se, no ponto seguinte, uma referência aos aspetos relacionados com a matéria da prova que foram objeto de análise na sequência da visita a tribunais estrangeiros.

Partindo da informação anteriormente elencada, a síntese conclusiva apresenta os dados de forma simplificada, procurando evidenciar as semelhanças e as diferenças entre os ordenamentos jurídicos analisados.

Apresenta-se, por fim, uma série de propostas em matéria da produção de prova.

Capítulo 2

Resultados Estatísticos

Os dados relativos a ações declarativas foram recolhidos em seis tribunais portugueses: Juízos de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Almada, Varas Cíveis do Tribunal da Comarca de Lisboa, Tribunal do Comércio de Lisboa, Varas Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto, Tribunal Judicial de Lamego e Tribunal Judicial de Évora.

Foram analisadas, no total, 669 ações declarativas.

Proceder-se-á, agora, à análise, num primeiro momento, da duração média de cada fase do processo, podendo perceber-se a duração da fase do julgamento e, num segundo momento, de dados especificamente relativos aos meios de prova.

2.1. Duração média de cada fase do processo

A Tabela 1 e a Tabela 2 resumem a duração média de cada fase do processo.

A análise realizada na Tabela 1 exclui a duração da fase dos articulados até à audiência preliminar, devido ao elevado número de processos sem audiência preliminar que integraram a amostra. Em 643 processos estudados só houve audiência preliminar em 134. Os resultados estariam fortemente influenciados pelo reduzido número de processos com audiência preliminar.

Na Tabela 2 é analisada a duração média de cada fase dos processos em que houve audiência preliminar.

Tabela 1 Duração média de cada fase (Processos sem audiência preliminar)

Variável	Média	Desvio-Padrão	Observações
Duração da Citação	0.4912	0.4514	630
Tempo da sessão de Julgamento	0.4229	0.4210	630
Tempo entre sessões de Julgamento	0.0859	0.1873	630

Tabela 2 Duração média de cada fase (Processos com audiência preliminar)

Variável	Média	Desvio-Padrão	Observações
Duração da Citação	0.1267	0.2339	128
Duração da fase dos articulados até à audiência preliminar	0.3858	0.2937	128
Tempo da sessão de Julgamento	0.4056	0.2908	128
Tempo entre sessões de Julgamento	0.0819	0.1424	128

De acordo com os valores reportados na Tabela 1, a duração total do processo é muito influenciada pela duração da citação e pelo tempo da sessão de julgamento.

O tempo entre sessões de julgamento – período entre a primeira sessão de julgamento e a sentença – contribui em aproximadamente 9 por cento para a duração total do processo.

Os resultados reportados na Tabela 2 (relativos a processos em que foi realizada audiência preliminar) sugerem que a duração da fase dos articulados até à audiência preliminar contribui em aproximadamente 39 por cento e o tempo entre a audiência preliminar e a sessão de julgamento contribui em aproximadamente 41 por cento são os principais determinantes da duração total média do processo. O tempo entre sessões de julgamento tem o menor peso na explicação da duração do processo (aproximadamente 8 por cento).

2.2. Dados relativos aos meios de prova

Os tipos de prova produzidos foram uma das variáveis estatísticas consideradas no que se refere à duração do processo.

Da análise estatística realizada retira-se que o regime probatório tem implicações diretas no que diz respeito à duração da instância, sendo que o meio de prova mais diretamente condicionador, no sentido do seu protelamento, do período de pendência processual, é a prova pericial.

Os processos de ação declarativa com realização de prova pericial têm, em média, uma duração superior em aproximadamente 220 dias à de processos sem realização de prova pericial, *ceteris paribus*.

Na Tabela 3 podemos observar os dados relativos aos meios de prova utilizados nos processos consultados. Em cerca de 96 por cento dos processos as partes recorreram a prova documental, média que diminui para cerca de 82 por cento no que respeita a prova testemunhal.

A prova pericial é requerida em cerca de 14 por cento dos processos, enquanto a prova por inspeção é utilizada em menos de 2 por cento dos processos.

Tabela 3 Variáveis relativas ao meio de prova

Variável	Descrição	Unidade	Média	Desvio-Padrão	Mínimo	Máximo
P_test	=1 se houve prova testemunhal	—	0.816	0.388	0	1
P_doc	=1 se houve prova documental	—	0.957	0.204	0	1
P_insp	=1 se houve prova por inspeção	—	0.019	0.138	0	1
P_per	=1 se houve prova pericial	—	0.136	0.343	0	1

Capítulo 3

Análise das Entrevistas

A descrição do conteúdo dos depoimentos recolhidos relativamente ao direito probatório será desenvolvida tomando por critério expositivo os meios de prova considerados.

3.1. Prova testemunhal

A generalidade dos entrevistados (independentemente da sua posição no sistema judicial) revelou concordar com a existência de um limite ao número admissível de testemunhas. Vários entrevistados consideraram, porém, que a limitação não devia ser definida em abstrato, mas em concreto.

“Concordaria não tanto com a limitação em abstrato, mas em concreto. Chegar a um ponto em que o juiz já está convencido de qual é a verdade (a partir de outros meios de prova por exemplo) e não vale a pena estar a perder mais tempo com coisas em que o juiz sabe de antemão qual é a solução. Há muita perda de energia e de tempo com coisas que se arrastam quando o juiz já está convencido de qual é a realidade.” (juiz)

A audiência preliminar é entendida como o momento indicado para se definir o número de testemunhas no processo.

“Acho que deve ser acordável (o número de testemunhas) na audiência preliminar. Portanto, isto é uma típica matéria para a audiência preliminar.” (advogado)

Na perspetiva dos juizes entrevistados, o reforço do poder de gestão processual seria a forma adequada para que, em cada processo, o juiz pudesse tomar a decisão quanto ao número máximo de testemunhas admissível.

“Numa ação de impugnação de paternidade, não faz sentido admitir 20 testemunhas. Numa ação complexa, se calhar faz. Lá teríamos aqui um tal princípio de poder-dever de gestão em que o juiz, a partir de balizas, diria que, em determinados casos, a parte só apresenta oito testemunhas e não 20.” (juiz)

A possibilidade de limitação do número de testemunhas pelo juiz suscitou, contudo, a manifestação de alguns receios por parte de empresários, que defenderam que essa decisão deve ser escrutinável, para impedir abusos.

“A questão é: como é que vamos syndicar a situação de um juiz que, por alguma razão, por exemplo, por ter mais que fazer, não lhe apetece ouvir mais do que uma ou duas testemunhas por facto? Também temos que pensar um bocadinho nesse tema.” (empresa)

Um segundo grupo de entrevistados considera que a limitação do número de testemunhas deve ser estabelecida por lei.

“Se não limitarmos o número de testemunhas logo à partida, vamos ter aquilo que tem acontecido muitas vezes no passado, que é uma quantidade enorme de testemunhas que não servem para nada. Por isso, deve haver limitação do número de testemunhas e era preferível ser a lei a fazer porque permitia às partes logo à partida saberem aquilo com que podiam contar, sendo certo que essa restrição poderia vir a ser alargada por via da interpretação do juiz.” (organismo de representação)

Um dos advogados refere que essa questão já é coberta na atual proposta de revisão do Código.

“Acho bem, já existe no processo ordinário, vai passar para dez se isso for para a frente. Acho que dez é mais do que suficiente para cada parte, com

a possibilidade de o juiz ter aqui alguma flexibilidade (como tem hoje) se entender que há uma ou outra testemunha que é importante.” (advogado)

A possibilidade de prestação de depoimento por escrito, em substituição da inquirição da testemunha em sessão de julgamento, tal como acontece na arbitragem e em outros ordenamentos jurídicos europeus, é afastada pela maioria dos operadores judiciais, independentemente da sua qualidade (advogado, juiz, empresa, organismo de representação).

As razões apresentadas relacionam-se, sobretudo, com a credibilidade e autenticidade do testemunho. Como afirma um dos empresários, apenas em situação de interação face a face se pode aferir da segurança e da credibilidade do testemunho prestado.

“Não temos a garantia de que quem escreve é a testemunha ou não. É difícil controlar isso. Por outro lado, perde-se muito da autenticidade da testemunha. Há alguma autenticidade que está presente na testemunha quando confrontada publicamente num ambiente mais austero, na forma como responde, se está segura, se é esclarecida nos seus testemunhos, etc.” (empresa)

Da mesma opinião são os organismos de representação, que consideram que o testemunho escrito viola o princípio da imediação.

“Acho que viola o princípio da imediação, que continua a ser um princípio fundamental. O depoimento escrito pode ser muito célere, mas retira toda a vivencialidade ao juiz. Tem de se ver a testemunha para saber se está a falar a verdade, se não está a falar a verdade. O depoimento escrito deve ser sempre residual.” (organismo de representação)

No mesmo sentido, os juízes inquiridos consideraram que o depoimento escrito vicia as regras do jogo, permitindo a intervenção dos advogados na conformação do testemunho.

“Nós não somos psicólogos, mas acabamos por ser, com a prática que vamos adquirindo, e por isso, só perante a imediação da presença da testemunha,

da dinâmica pergunta/resposta, excitação, silêncio, atitude. Depoimento escrito é batota, é viciar as regras do jogo. O depoimento escrito não vai ser feito pela testemunha e, portanto, avançar com isto é uma machadada no sistema, é uma ficção, uma fantasia. A lei admite-o em situações limite: de ausência, doença, mas isso implica o prévio acordo das partes, implica que depois possam pedir esclarecimentos, etc.” (juiz)

Para evidenciar o impacto da presença da testemunha em tribunal em detrimento do depoimento escrito, um dos advogados entrevistados deu o exemplo de um processo em que foi interveniente e em que cada sessão de julgamento era assistida por cerca de 300 pessoas:

“A oralidade, a imediação, tudo isso, nada como isso. Eu não sei se se mente mais, mas instrumentaliza-se muito mais. O depoimento escrito é normalmente um depoimento que, por ser escrito, a pessoa tem muito mais cuidado ao escrever, perde aquela noção do imediatismo. Só quem nunca foi testemunha é que não percebe qual é o efeito de ser testemunha. Eu fui testemunha a primeira vez num processo à séria, com dispensa da Ordem dos Advogados, já era advogado há 15 anos. E eu estava nervoso por ser testemunha, como estava nervoso na primeira vez que fiz um julgamento. Não é a mesma coisa [o depoimento escrito]. A pessoa confronta-se consigo própria no que é que vai responder, se vai responder verdade, se vai responder mentira. A pessoa diz perante juramento que vai dizer a verdade, aquilo tem uma carga. Dou-lhe um exemplo, fiz um julgamento de um mega processo há uns anos atrás em Ovar, tinha 100 advogados, mais o coletivo, mais 140 arguidos, e cada pessoa que lá entrava para depor tinha, portanto, 300 pessoas a assistir ao seu depoimento.” (advogado)

O depoimento escrito permite dispensar a ida da testemunha ao tribunal e representa um ganho em matéria de redução do número de sessões de julgamento.

Segundo um dos juizes entrevistados, o depoimento escrito pode ser um fator que contribui para a morosidade do processo. No entendimento deste entrevistado, na prática e em regra, os advogados pedem, depois (em

sessão presencial de julgamento), esclarecimentos à testemunha (que prestou depoimento por escrito).

“O depoimento escrito dá mais trabalho, porque a ideia é: fazem o depoimento por escrito e depois os advogados chamam só para esclarecimentos. E por regra chamam sempre. O que é que isso faz? Faz com que haja um bocadinho menos de imediação e o peso dos advogados seja um peso superior. Vai dar mais trabalho, porque eu vou ler por escrito e vou ouvir uma segunda vez e, portanto, do ponto de vista sistémico, haverá menos ações terminadas por ano. Portanto, isto são soluções que têm consequências sistémicas.” (juiz)

Deste entendimento diverge, em parte, um dos advogados, que apresenta um exemplo de uma experiência bem-sucedida de depoimento escrito. No entanto, este advogado sublinha que o caso foi bem-sucedido porque se tratava de um depoimento de uma pessoa com um conjunto de características (educação formal, seriedade, clareza na escrita) que não pode ser extrapolado para a generalidade das testemunhas com quem lida em processos cíveis.

“Ainda há pouco tempo tive um julgamento em que uma das testemunhas estava doente, com um problema momentâneo, mas grave, de saúde, e nós requeremos a prestação do depoimento por escrito. Foi deferido. De facto, é evidente que a testemunha era uma pessoa licenciada, formada (experiente, portanto) e séria (é uma coisa que às vezes também tem algum interesse). A clareza do depoimento foi de tal maneira que ninguém pediu esclarecimentos e era um depoimento enorme.” (advogado)

Um dos entrevistados, pertencente a um organismo de representação, considerou, ao arpejo das outras opiniões recolhidas, que a generalização do depoimento escrito no processo civil, como acontece em outros países europeus, pode ser uma boa solução.

“Também não me choca, é muito usado na França, o depoimento escrito, e só é chamada a pessoa a fazer depoimento oral quando alguém põe em causa a veracidade, a assinatura, etc. No processo civil é usado permanentemente e

o uso do testemunho pessoal é excepcional. Principalmente no processo civil, não me choca nada. Penso que nós temos um excesso de prova testemunhal completamente disparatado.” (organismo de representação)

3.2. Prova por depoimento de parte

A possibilidade de a parte depor também quanto a factos que lhe são favoráveis seria, se consagrada, uma medida positivamente acolhida, sobretudo pelos advogados e empresas, que consideram que esta possibilidade vai ao encontro da realidade das PME.

“Sem dúvida! E repare que há muitos processos, por exemplo, uma pequena empresa. A maior parte dos assuntos são tratados pelo sócio-gerente único e, portanto, ou ele vai depor e vai explicar o que é que lhe aconteceu. Até pode ser mau para ele, ou bom para ele ou seja o que for. Mas fala de verdade sobre o assunto e não se tenha medo, sabe-se quem é que ele é, ele é parte interessada, portanto o tribunal que o oiça, que oiça a história dele, que oiça as motivações dele.” (advogado)

A impossibilidade do depoimento de parte quanto a factos favoráveis faz, na perspetiva de alguns inquiridos, com que os advogados aconselhem os seus clientes a, em caso de litígio, tomarem decisões sempre na presença de duas testemunhas, para que os acontecimentos possam ser valorados em tribunal.

“Nas PME, quem trata de tudo é o sócio gerente! Agora anda com testemunhas atrás, quer dizer! Cada vez que há um potencial litígio é evidente que eu digo ao meu cliente: ‘Olhe, isto é assim, você agora vai andar sempre com duas pessoas. Portanto, cada vez que há uma coisa relevante não dê muito a entender, mas ande sempre com duas pessoas, porque se tiver que provar’.” (advogado)

Um dos advogados entrevistados deu o exemplo da arbitragem, onde, segundo o seu testemunho, esta modalidade é utilizada sem problemas.

“Por vezes os administradores ou os gerentes são as únicas pessoas que conheceram o facto e depois temos de fazer aquele subterfúgio de os renunciar. Depois dizem que é fraude e andamos sempre nisto. Isto é uma coisa já aceite nas arbitragens e é valorado pelo tribunal como entender, mas se calhar até tem mais valor o depoimento de um gerente que não é acionista do que o depoimento de um acionista que pode ir depor porque não é parte no tribunal. A pessoa mais interessada por vezes pode ir como testemunha (acionista), mas o gerente não pode.” (advogado)

No grupo dos juizes, o depoimento de parte também é aceite, mas ressalvam que é necessário alterar a lei para que o recurso a tal meio de prova se torne possível.

“Mas é melhor que se altere a lei. Agora, tem também problemas que são: muitas vezes, as pessoas estão em litigância em tribunal, portanto, eu vou ter que ouvir partes a defender versões em litigância e, portanto, o regime anterior de proibição de depoimento de parte quando não é para confissão tinha uma preocupação didática, pedagógica, um efeito dissuasor.” (juiz)

Empresários e advogados partilham da opinião de que quando, em determinadas situações, não é possível a prova testemunhal, é preferível que possa haver depoimento das partes.

“Há ações em relação às quais não há prova testemunhal – factos que se passam na intimidade e em que não há testemunhas e, se não forem as partes a poderem expor, o sistema está a empurrar as partes a inventarem testemunhas, que é o que acontece muitas vezes. É mais viável um sistema em que se admita que as partes podem expor perante o juiz a sua verdade do que impedi-las de produzir prova, porque quando são sérias é isso que acontece.” (juiz)

3.3. Prova documental

A determinação do momento mais adequado para apresentação da prova documental não é ponto consensual entre os entrevistados, mas estes são unânimes no sentido de que esse momento não deve ser tão amplo que possa ser utilizado para esconder informação do processo.

Os inquiridos dividem-se entre quem considera que os documentos devem ser apresentados na fase dos articulados, aqueles que entendem que deve ser possível juntar documentos na fase de audiência preliminar e, por último, aqueles que consideram que, sob aplicação de uma sanção, os documentos devem poder ser apresentados na fase de julgamento.

Para o primeiro grupo, os documentos devem, numa lógica de boa-fé, ser juntos aos autos na fase dos articulados, para que o juiz e a parte contrária a eles tenham acesso na fase inicial do processo.

“Se apresento um facto, tenho de apresentar logo as provas, a não ser nos casos excepcionais em que a prova não apareceu mas, por regra, deve ser até ao final dos articulados.” (organismo de representação)

“Eu acho que deve ser com os articulados. É aquela estrutura tripartida da alegação: norma, factos e documentos. E no processo experimental já deve ser apresentado com os articulados. E agora, na reforma que está prevista, é o alargamento a todo o país dessa solução. Tem que ser, porque isto não é um jogo de esconder o gato, não é um jogo da apanhada, isto não é para esconder! É para vir para tribunal em boa-fé.” (juiz)

“Sou completamente a favor da *discovery* total, quer dizer, o que é para aparecer, é para aparecer e depois não aparece mais.” (advogado)

Na perspetiva de alguns entrevistados, a possibilidade de junção de novos documentos ao processo deve ser bastante restringida.

“Acho que a prova documental, quando não há a demonstração de que o documento resultou seja do conhecimento superveniente, seja de uma necessidade nova, deve ser bastante restringida. O aparecimento da prova

surpresa deve ser bastante restringido. O pagamento de multa, mesmo isso, choca-me um bocadinho.” (organismo de representação)

Os entrevistados que afirmam que o momento final para apresentação de documentos deve ser a audiência preliminar, fundamentam a sua posição invocando que apenas nesta fase se tem um conhecimento total dos factos alegados pela outra parte.

“Um dos problemas que se verificam com o processo experimental é que há o princípio geral de que os documentos têm de ser entregues com os articulados. Acontece que, muitas das vezes, no último articulado, antes da audiência preliminar, o réu invoca determinados factos e o autor tem necessidade de se defender porque sabe que tem documentos na sua posse que repudiam ou contrariam os factos apresentados pelo réu no último articulado. O que é normal é, uma vez que não há outro articulado admissível, ao nível da audiência preliminar, solicitar ao juiz um prazo adicional para entregar os documentos que contrariam os factos apresentados pelo réu.

Nesta medida, é óbvio que o momento-chave deve ser a audiência preliminar e não tanto o articulado.” (empresa)

Um dos juristas de uma empresa refere que apenas na fase de preparação do julgamento (audiência preliminar) se tem acesso a todos os documentos, sobretudo quando se trata de procurar os documentos relevantes para o processo nos arquivos de uma grande empresa.

“É difícil saber se conhecia mesmo, ou se foi estratégico apenas. E partindo da experiência de quem litiga numa grande instituição, é muito frequente, na altura em que se faz a contestação, na altura em que se aborda a contestação, na altura em que se faz o documento de prova, não termos de facto a documentação toda. Às vezes é na preparação do próprio julgamento que depois aparecem coisas surpreendentes, que são cartas imensas e documentos que estão digitalizados, arquivados. E depois

é uma testemunha, e depois é outra, é muito frequente aparecerem, genuinamente, documentos.” (empresa)

Por último, a junção de documentos na fase de julgamento é aceite por uma parte dos entrevistados, que invoca que, nesta fase, podem surgir factos novos ou uma nova leitura dos factos.

“No decurso do julgamento podem surgir factos instrumentais, factos acessórios relatados por testemunhas com base nos quais o juiz pode chegar à conclusão sobre a existência de factos essenciais ao litígio. Para prova ou contraprova desses factos instrumentais pode ser necessária a junção de documentos. Daí que essa regra pode ser perniciosa se for interpretada de uma forma muito restritiva. Ou seja, todos os documentos que foram emitidos e pré-existiam ao processo deverão ficar submetidos a essa regra até ao início da audiência, mas terá de ser excecionada no caso dos factos instrumentais que brotem da prova da audiência porque se se precluírem que a parte recorra à prova documental para infirmá-los e fazer uma contraprova, podemos ter uma limitação grave ao princípio do contraditório.” (juiz)

Contudo, os entrevistados referem que, de modo a disciplinar a apresentação da prova documental, se devem prever sanções pesadas para quem utilizar esta possibilidade de forma desleal para com a outra parte e para com o juiz.

“Mas por que é que eu acho que deve ser durante o julgamento? A experiência que eu tenho é que, mesmo sendo muito leal, acontece por vezes que, além dos documentos supervenientes, há outros documentos cuja relevância as partes e os clientes só percebem porque apareceu uma testemunha e o juiz deu muita importância a uma determinada questão que a testemunha disse. Há um equilíbrio que é preciso encontrar e eu acho que o equilíbrio é este: permitir, durante o julgamento, com sanções pesadas se houvesse deslealdade. E para não haver deslealdade tem de se justificar o conhecimento superveniente ou a relevância superveniente.” (advogado)

A importação da figura da *disclosure* (apresentação e disponibilização de todos os documentos entre as partes) para o ordenamento jurídico português causa várias perplexidades entre os entrevistados.

Estes pronunciam-se, em primeiro lugar, considerando que a *disclosure* não faz parte da cultura jurídica portuguesa e que a sua introdução poderia causar efeitos perniciosos, como a destruição de documentos.

“A regra da *disclosure*, inglesa, de cada parte mostrar o que é que tem, de uma forma séria, honesta, limpa e leal, é uma questão de cultura! Eu acredito que se houvesse uma regra de *disclosure* com certeza que ia haver seleção da matéria e o cliente até teria destruído tudo o resto.” (advogado)

Em segundo lugar, os entrevistados referem que esta figura pode dar azo à devassa da documentação de uma empresa, pondo em causa documentos sigilosos.

“Penso que o sistema, tal como existe, já basta, porque esse tipo de medidas, depois, podem ser usadas abusivamente no sentido de conseguir uma devassa da documentação de uma empresa, por exemplo. Há aspetos que têm a ver com sigilos profissionais e comerciais que têm de ser mantidos. É preferível, neste caso, a parte contrária indicar precisamente que documentos pretende, porque, para outras situações de análise contabilística, há peritagens e os peritos têm deveres de sigilo. Nestes casos, penso que é preferível ir pela via da peritagem contabilística ou escrita para a sociedade do que obrigar a sociedade a despejar para o processo um conjunto de documentos que podem depois ser usados com outros objetivos.” (juiz)

Em terceiro lugar, foi referido pelos entrevistados que a *disclosure* pode ser utilizada por uma das partes para obrigar a outra a investir mais tempo e dinheiro na análise de documentos que não trazem nada de novo para o processo.

“Penso que isto é uma falsa solução, porque complica mais as coisas. A técnica típica do advogado de contencioso americano é afogar a contraparte em documentos. E outra técnica é dar ónus para a outra parte gastar mais

dinheiro ainda. Levaria a um desequilíbrio, do ponto de vista económico, entre a parte mais forte e a parte mais fraca. Não vejo a utilidade disso e, contrariamente ao que se possa pensar, não seria a defesa dos interesses da parte que está em causa – seria o oposto: a outra parte é que ficaria profundamente lesada com esta técnica, o que é extremamente perigoso.” (empresa)

Houve, contudo, quem considerasse que se deveriam flexibilizar os termos em que atualmente se contempla, no Código, a possibilidade de requerer a apresentação de documentos pela contraparte, de modo a possibilitar, designadamente, que os documentos sobre um assunto definido possam ser solicitados à parte contrária, de acordo com o princípio da boa-fé, não por referência à sua data exata, mas a um período temporal.

“Em processos cíveis normais de produção de prova, pedir tudo o que a outra parte tenha é excessivo. Mas também digo que, normalmente, tenho uma dificuldade, que é: eu posso pedir um documento à parte contrária, mas tenho de dizer qual é o documento. O senhor tem de me dar a carta do dia X e, por vezes, eu não sei qual é a carta ou não sei qual é o documento. Deveria haver uma certa flexibilidade, deveria poder pedir uma carta ou um *e-mail* referente a um determinado período ou sobre um assunto ou uma matéria. Claro que isto teria que ter uma forma de fiscalização, se não, a outra parte poderia dizer que não tinha nada e correr o risco de prestar falsas declarações.” (advogado)

3.4. Prova pericial

Como sublinhado acima, a prova pericial foi identificada, na análise dos processos em tribunal (estudo econométrico), como um dos momentos mais críticos no que respeita às causas de morosidade processual.

No que concerne a este meio de prova, os vários operadores judiciais entrevistados concordam e confirmam estes dados empíricos, mencionando vários problemas relativamente à produção desta modalidade de prova.

“Tivemos alguns casos em que, na nossa perspectiva, a perícia foi mal pedida pelos próprios juízes. Gastou-se tempo e dinheiro. Depois gastou-se mais dinheiro a analisar os resultados. E depois, na decisão final, a peritagem não serviu para nada.” (empresa)

Um dos problemas mais acentuados pelos inquiridos diz respeito ao tempo gasto nesta fase. Vários advogados concordam que a prova pericial é utilizada como manobra dilatória e que o Código devia ser revisto para o impedir.

“A prova pericial, para mim, é um mistério da nossa legislação. Porque é, talvez, de tudo o que o Código de Processo Civil regula, aquilo que deveria já ter sido integralmente alterado. Só agora se mexeu, mas para deixar tudo na mesma! Eu acho que a prova pericial está no *top five* das razões do atraso na justiça: citação, não cumprimento dos prazos pelos juízes e pelas secretarias, prova pericial logo a seguir! Quando a gente quer atrasar um processo, perícias! Isso não há que ter dúvidas.” (advogado)

As causas dos atrasos decorrentes da prova pericial são, na perspectiva dos inquiridos, de vária ordem. Na perspectiva de alguns dos empresários entrevistados, muitas vezes o relatório pericial apresenta falhas e é objeto de reclamações que atrasam ainda mais o processo em tribunal.

“A perícia, muitas vezes, é necessária e importante, mas atrasa o processo – ou porque, muitas das vezes, as conclusões dos peritos levam à apresentação de reclamações ou porque as partes requerem a audição dos peritos na audiência de julgamento, etc. É uma demora substancial no andamento do processo. Mas, muitas das vezes (ações de responsabilidade civil, empreitadas, fornecimento de bens), a perícia mostra-se bastante importante. Consequência? A demora na realização da perícia, na elaboração dos relatórios e, muitas vezes, os relatórios não vêm bem feitos. Há alguma falta de cuidado por parte dos peritos na elaboração dos relatórios.” (empresa)

Entre os entrevistados, é maioritária a opinião de que existem poucos peritos e de que os laboratórios oficiais têm poucos meios para responder, em tempo útil, ao que é solicitado.

“Algumas perícias demoram imenso tempo por falta de peritos, por falta de meios científicos, por falta de instituições credíveis que a façam.”
(organismo de representação)

Para além da escassez de peritos disponíveis, foi identificado o problema de vários grupos de peritos exercerem a atividade pericial como segunda atividade profissional. Um dos juízes entrevistados menciona, a título de exemplo, os peritos engenheiros civis.

“Perícias que tenham a ver, por exemplo, com engenharia civil – todos os engenheiros civis trabalham nesta área (excetuando uns que fazem parte de uma lista oficial do Ministério da Justiça, penso eu) têm várias atividades e fazem este trabalho de peritagem para os tribunais a título de *part-time*. Depois, têm de se reunir os três para apresentar um relatório e um está em Angola, outro em Lisboa, etc. e é muito complicado. Daí que o tribunal, quando entramos em sede de prova pericial, está a funcionar em *outsourcing* e daí que não tem qualquer controle. Ou seja, teria de haver um quadro de peritos em exclusividade ou teria de haver uma colaboração mais efetiva, porque senão vamos continuar sem saber se o processo vai demorar um ano, dois anos ou mais. É um facto que o processo esteve no tribunal, mas não anda porque o tribunal não é auto-suficiente.” (juiz)

A possibilidade de recurso a peritos particulares escolhidos pelas partes é, no entendimento de alguns entrevistados, problemática porque é necessário que a credibilidade e o controlo sobre a atividade daqueles sejam exercidos pelo tribunal.

“Hoje em dia, nos E.U.A., as perícias são livres, as peritagens são particulares e não oficiais. O problema passa pela credibilização dos peritos livres, ou seja, os peritos têm de apresentar um conjunto de requisitos que permitem efetivamente provar se ele é verdadeiramente um perito ou um

charlatão. Isso pode passar pela exigência do currículo do perito, tem de haver um controle e o controle tem de ser feito pelo tribunal. O tribunal não pode aceitar qualquer cidadão que diga que é perito. Tem de haver um controle judicial e nesses países já existe.” (organismo de representação)

Alguns dos advogados entrevistados são favoráveis à eliminação da regra da colegialidade nas peritagens, posição que justificam invocando vários inconvenientes que, na sua perspectiva, aquela representa. Sustentam, neste sentido, que a colegialidade devia ser a exceção e que, por princípio, os tribunais deviam nomear um único perito para intervir no processo.

“A colegialidade devia ser a exceção. E hoje em dia é regra. O código já prevê assim. A prova pericial é tratada como uma prova boa se nós a conseguirmos influenciar, porque o juiz normalmente segue-a. Portanto, há um grande cuidado na escolha do nosso perito. Tem que ser um perito muito bom para conseguir influenciar o perito do tribunal que, normalmente, é mais remediado. Se for um perito único e se houver o cuidado, por parte do tribunal, de nomear um perito verdadeiramente bom e independente e não perguntar para o funcionário ‘Oh, Senhor... quem é que costuma ser o perito e tal? Diga-me lá aí um?’. O juiz está-se nas tintas! Ah...” (advogado)

Os juízes entrevistados não concordaram, porém, com a ideia de um perito único, por considerarem que o cruzamento das visões dos diferentes peritos é essencial para que o juiz possa tomar uma decisão fundamentada.

“A pericial colegial é muito útil porque os peritos entram em diálogo e, quando isso acontece, não precisamos perceber muito do assunto para perceber quem está ali a extremar uma posição e quem não está. Há questões a que chegamos pelo bom senso. O próprio contraditório entre os peritos permite-nos conhecer melhor a questão e se for só um, por muito bom que seja, nunca tem esse contraditório. Por isso é que eu digo que não me parece que o testigo-perito seja, de todo, um sucedâneo da perícia colegial.” (juiz)

Um dos membros de um organismo de representação indica, como possível forma de atenuar o problema, a inclusão, no Código, de uma solução – o *constat* – que afirma ser de recurso frequente em outros sistemas jurídicos.

“Curiosamente não falam de uma solução específica que é muito usada na França e na Bélgica, o *constat*, que é o recurso à produção antecipada da prova através da visita de um oficial público, que é uma das soluções mais comuns utilizadas no sistema francês. O juiz e as partes recorrem imenso à apresentação prévia de declarações ajuramentadas sobre o que o oficial público viu em determinado sítio. O oficial público não pode exercer funções de perito, não faz uma análise, nem é absolutamente objetivo, diz o que viu e o que fotografou. É muito usado e resolve imensos conflitos, principalmente relativos ao estado em que se encontram os imóveis para arrendamento, uma vez que os senhorios, antes de arrendarem o imóvel, pedem para ir lá o oficial para ver se está em bom estado e, quando acaba o arrendamento, pedem um novo *constat*, para verem o estado em que ficou o imóvel depois de arrendado. O juiz, no próprio processo, muitas vezes diz que precisa que vá lá o oficial fazer uma reportagem ao local. O *constat* tem geralmente força de prova imediata, tem a data, local e a presença física, mas também está sujeito ao contraditório se necessário for, embora seja muito raro, pelo que me dizem, ser posto em causa. Penso que, em termos de prova pericial, resolveria grande parte das coisas.”
(organismo de representação)

De acordo com outro dos organismos de representação entrevistados, a credibilização da prova pericial exige que esta seja realizada por laboratórios públicos. Estes devem, contudo, ser dotados de meios técnicos e humanos adequados, a fim de poderem responder atempadamente às solicitações.

“Agora, a perícia tem de ser feita por organismos públicos. [As perícias sobre] danos corporais decorrentes dos acidentes de trabalho e dos acidentes de viação devem ser feitas no Instituto de Medicina Legal, assim como os exames grafológicos e as perícias grafológicas devem ser feitos pelo Laboratório de Polícia Científica. Agora, essas entidades têm que responder a tempo. E para responder para todo o país, têm que se dotar

de meios – porque este recurso às perícias privadas é um escândalo!” (organismo de representação)

A possibilidade de o perito ser convocado pelas partes para depor como testemunha é encarada de forma favorável pela grande maioria dos entrevistados.

“A possibilidade de a parte escolher um perito idóneo, reconhecido no mercado, como testemunha, desde que fizesse prova da qualidade do perito, parece-me bem.” (empresa)

Um dos juízes entrevistados considerou que esta possibilidade devia ser acolhida na legislação processual civil.

“Eu acho que seria mais franco, porque eu acho que, na realidade, na maior parte dos casos, eles já são testemunhas. São contratados pela própria parte para fazerem uma perícia. Vê-se, com muita frequência, que os peritos se assumem, não como peritos do tribunal, mas como peritos da parte. Seria mais franco assumir-se isso como tal, sujeitando depois os pareceres à livre apreciação do juiz, do que estarmos aqui a enganarmo-nos. Os peritos fingem que são alheios às partes, mas nós sabemos de antemão que isso não existe.” (juiz)

Outro dos juízes entrevistados considerou que se devia contemplar a possibilidade de o perito ser arrolado como testemunha. Contudo, ao comparar a lei portuguesa com a lei espanhola no que se refere à perícia, sublinha que o valor do depoimento prestado por um perito testemunha não pode ser considerado de valor equivalente àquele que é fruto de uma perícia colegial.

“É uma discussão engraçada, os espanhóis têm isso e nós não temos. Eu acho é que não devia haver e que está no atual C.P.C. que o perito não pode ser testemunha. A testemunha-perito ser equivalente a uma situação de perícia colegial, não. O que eu acho que pode ser útil é um perito ser também testemunha e pode revelar-se muito útil num determinado caso, não devia haver o impedimento que atualmente há de os peritos não

poderem ser testemunhas. O regime dos peritos remete para o regime dos impedimentos do juiz e o juiz se é testemunha não pode ser juiz. Por esta via chegamos a um resultado que é, o perito não pode ser testemunha e isso é aberrante. O perito devia poder ser testemunha. Agora, num sistema como o espanhol em que a testemunha-perito tenha a mesma virtualidade da perícia colegial, acho que não. Não são situações alternativas, nem sucedâneas. Agora, que o nosso regime é muito restritivo, é, não devia ser tanto.” (juiz)

As empresas entrevistadas mostram-se favoráveis à possibilidade de abdicar de testemunhas para incluir outras pessoas que possam intervir também na qualidade de peritas, quando a outra parte tenha requerido este tipo de meio de prova.

“Uma testemunha-perito é também um perito, mas é uma testemunha de uma das partes. Contorna-se a ideia de que uma parte nomeia um perito e a outra nomeia outro e depois nomeia-se o presidente. Talvez seja uma ideia melhor, mas aí tinha de acrescer ao número de testemunhas. O autor intenta uma ação, o réu indica uma testemunha-perito, ele deve indicar a qualidade de testemunha-perito e deve ser conferida a oportunidade ao autor que já arrolou as testemunhas de abdicar de uma das testemunhas que indicou e apresentar também uma testemunha-perito por razões de igualdade. É claro que o juiz tem a possibilidade da livre apreciação da prova e pode considerar que a testemunha-perito não está a dizer a verdade, mas é uma grande desvantagem uma das partes ter a possibilidade de apresentar uma testemunha-perito porque fez essa opção e não ser conferida a possibilidade à outra parte de vir agora apresentar nova testemunha.” (empresa)

Capítulo 4

Regime jurídico da prova testemunhal¹

4.1. Portugal

Os atos e diligências praticados no decurso da fase de instrução visam uma *finalidade comum*, que permite a sua *consideração conjunta*: tentativa de demonstração dos factos relevantes para a decisão da causa.

A atividade probatória não é, no entanto, exclusiva da fase de instrução desenvolvida durante a audiência de julgamento, podendo ocorrer em outros momentos ao longo do processo. É o que acontece, por exemplo, quando há lugar a produção antecipada de prova ou com a apresentação de prova documental nos articulados.

A audiência final deve realizar-se no dia designado pelo juiz, só podendo ser adiada em casos excepcionais e não sendo admissível o acordo das partes nesse sentido. No entanto, as partes podem obter este efeito com o pedido de suspensão da instância, sendo que esta não pode ser protelada por período superior a seis meses.

Quanto à *prova testemunhal*, o primeiro aspeto digno de realce diz respeito à limitação legal do número de testemunhas.

No âmbito do processo ordinário, a lei estabelece que as partes possam oferecer até 20 testemunhas. Caso seja deduzido pedido reconvenicional, cada uma das partes poderá oferecer até 20 testemunhas adicionais.

1. A referência aos preceitos legais e às obras doutrinárias consta do relatório jurídico – disponível em <https://www.ffms.pt/estudo/24/a-justica-economica> – tendo-se optado por não a repetir no presente texto.

Se estes limites forem ultrapassados, considerar-se-ão não escritos os nomes das testemunhas que no rol ultrapassem o número legal, optando-se, assim, por se consagrar um *critério formal*.

No regime processual experimental, o número máximo de testemunhas é de dez, à semelhança do que se verifica nos processos sumário e sumaríssimo.

A doutrina tem entendido que com a limitação do número de testemunhas admissíveis se pretende evitar que as partes utilizem a prova testemunhal como um mero expediente dilatatório, que nada acrescenta à convicção do juiz e, conseqüentemente, à decisão sobre a matéria de facto. Contudo, o limite de dez testemunhas, estabelecido para os processos sumário e sumaríssimo – e transposto, depois, para o regime processual experimental –, pode conduzir a importantes restrições do direito à prova, bastando, para tanto, que a matéria de facto se revista de maior complexidade.

A lei impõe, ainda, restrições ao número de testemunhas que podem ser inquiridas acerca de cada facto. No processo ordinário, cada parte apenas pode apresentar cinco testemunhas quanto a cada um dos factos que se propõe provar. Nos processos sumário e sumaríssimo esse número é reduzido para três testemunhas, o mesmo se passando no regime processual experimental.

Discute-se, a este propósito, se a limitação do número de testemunhas a inquirir por facto se reporta apenas aos factos principais ou se, pelo contrário, vale também quanto aos factos instrumentais.

As testemunhas depõem, em regra, na audiência final, o que constitui um afloramento dos *princípios da imediação e da concentração*. Se a imediação implica, numa das suas vertentes, um contacto tão estreito quanto possível entre o juiz e as fontes de prova, a *concentração* determina que as diligências probatórias devam ter lugar, sempre que possível, na mesma audiência.

Assim se explica, pois, que o depoimento por escrito revista natureza excepcional, apenas sendo admitido quando se verifiquem, em simultâneo, impossibilidade ou grave dificuldade de comparência da testemunha no tribunal, acordo das partes e autorização do juiz.

Alguns autores defendem que a autorização judicial constitui um *poder discricionário* do juiz, a conceder ou não em função das características do caso concreto.

Os regimes da injunção e da ação declarativa especial, porém, atribuem maior latitude ao depoimento por escrito, quando permitem que este tenha

lugar sempre que estiverem em causa factos de que a testemunha tenha conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

Acresce que no regime processual experimental se admite, em geral, o depoimento por escrito, embora sob condição de verificação de alguns requisitos formais e de conteúdo.

Permite-se, contudo, que o juiz, oficiosamente ou a requerimento das partes, determine a renovação *presencial* do depoimento, quando o considere necessário. Procurou-se, assim, mediante a previsão da possibilidade (condicionada) de renovação presencial do depoimento, conciliar as exigências de celeridade e eficácia processuais – potenciadas pela admissibilidade do depoimento por escrito – com o respeito pelos princípios da imediação e do contraditório.

4.2. Alemanha

No sistema processual alemão, a prova testemunhal é produzida de forma bastante similar ao que se verifica no ordenamento jurídico-processual português, pelo que se referirão, sobretudo, os aspetos de regime em que as soluções divergem.

Na Alemanha, a produção de prova testemunhal depende, em exclusivo, de requerimento das partes, não havendo lugar a iniciativa oficiosa.

Segundo o direito português, pelo contrário, a prova testemunhal pode ser determinada *ex officio* pelo tribunal quando a este se afigure existirem fundadas razões para presumir que certa pessoa conhece factos relevantes para a boa decisão da causa. O exercício deste poder não é, contudo, frequente na prática.

Ainda de acordo com a lei processual alemã, a prova testemunhal pode, em determinadas circunstâncias, ser produzida junto de apenas um dos juízes que compõem o tribunal coletivo ou de tribunal a quem se requeira a realização de atos processuais, o que traduz um desvio ao princípio da imediação. A doutrina considera, no entanto, que esta faculdade é excecional e não deve ser utilizada como uma forma de atenuar a carga processual que recai sobre o tribunal.

Ao contrário da lei processual portuguesa, a ZPO não estabelece quaisquer limites quanto ao número de testemunhas que cada parte pode apresentar, tratando-se de uma matéria que a doutrina entende dever ser reservada a decisão do tribunal, em função das circunstâncias de cada caso. Os custos

associados à produção de prova testemunhal devem, contudo, ser pagos antecipadamente pelo requerente de prova.

A lei alemã admite muito amplamente a possibilidade de o depoimento poder ter lugar sob a forma escrita, desde que isso seja considerado suficiente, no caso concreto. Não se prescinde, porém, da possibilidade de a testemunha ser chamada a depor oralmente quando tal se revele necessário ao esclarecimento das questões objeto de prova.

Ainda no que toca à prova testemunhal, justifica-se uma breve referência à figura da testemunha-perito. Para ilustrar esta situação, a doutrina socorre-se do exemplo do médico que assistiu a um acidente de viação e, simultaneamente, prestou os primeiros socorros: depõe como testemunha na medida em que seja chamado a descrever o acidente; quando, porém, seja também inquirido relativamente a factos relacionados com o diagnóstico do lesado, assumirá a qualidade de testemunha-perito, pois a descrição do estado clínico de alguém pressupõe a existência de conhecimento especializado. Nesta hipótese, a lei processual alemã prevê a aplicabilidade, a este meio de prova, das disposições relativas à prova testemunhal.

4.3. Inglaterra

O regime jurídico inglês contempla a possibilidade de a parte depor mesmo quanto a factos que lhe são favoráveis, ao contrário do que acontece no sistema processual português em que apenas se admite o depoimento de parte como forma de obtenção de confissão, com todas as limitações que tal implica.

No que diz respeito ao número máximo de testemunhas arroláveis, apesar de a lei processual inglesa não limitar o número de testemunhas que cada parte pode apresentar, o tribunal pode determinar, ao abrigo do poder de controlo das diligências probatórias, a exclusão de meios de prova de outra forma admissíveis. Pode, por exemplo, reduzir o número de testemunhas indicadas pelas partes quando se lhe afigure que tal número excede aquele que considera, em concreto, razoável.

Neste sistema, a produção da prova testemunhal inicia-se, em regra, na fase que antecede o julgamento, devendo o juiz determinar que as partes se façam reciprocamente notificar os depoimentos escritos, com exceção da hipótese de tramitação sob a forma de *small claims track*.

O depoimento escrito deve abranger os factos sobre os quais a testemunha poderia depor oralmente.

Convém realçar que o depoimento oral é balizado pelo conteúdo do depoimento escrito, sendo que qualquer ampliação deste ou o depoimento sobre factos não referidos anteriormente depende de autorização do tribunal.

Tendo este sido, contudo, um aspeto apontado, aquando da reforma de 1998, como uma das principais causas da prolixidade do depoimento escrito, tem-se entendido que tal limitação do depoimento oral deve ser interpretada e aplicada de forma flexível pelo juiz.

A opção por este regime fica a dever-se, no entender da doutrina, à preocupação em reduzir a duração e os custos do julgamento, em proporcionar às partes uma melhor perspectiva sobre o caso (permitindo, assim, um eventual acordo) e em evitar que as diligências probatórias conduzam a resultados inesperados. As importantes funções atribuídas à troca de depoimentos escritos na fase anterior ao julgamento ajudam a explicar por que razão a lei (e excecionados os casos em que o tribunal o autorize) impede que a testemunha seja chamada a depor na audiência de julgamento quando o depoimento não tenha sido notificado à parte contrária. Este aspeto constitui um ponto de contraste muito significativo em relação ao direito português, em que o depoimento escrito tem carácter excepcional.

O depoimento escrito deve obedecer a uma série de requisitos formais e materiais, entre os quais se destacam a obrigatoriedade da forma articulada ou a necessidade de discriminar quais os factos que são do conhecimento da própria testemunha e quais os que resultam de informação ou de convicção, devendo, neste último caso, identificar-se a respetiva fonte.

Caso a parte não esteja em condições de apresentar o depoimento escrito de uma das testemunhas, é-lhe permitido oferecer um *witness summary*, contendo um resumo do conteúdo do depoimento ou, caso este não seja conhecido, uma lista das matérias sobre as quais virá a recair a inquirição da testemunha.

4.4. Itália

Neste sistema jurídico, a prova testemunhal é, em regra, produzida oralmente, em audiência.

Prevê-se, contudo, desde 2009, a admissibilidade de prestação de depoimento por escrito, para o que se exige o acordo de ambas as partes e uma apreciação casuística realizada pelo juiz. Reserva-se, por outro lado, a possibilidade de o juiz determinar a renovação oral do depoimento.

A doutrina tem realçado os benefícios que a figura do depoimento escrito pode importar ao nível da economia processual, não deixando, contudo, de sublinhar o excessivo formalismo associado à elaboração do depoimento (exigência de assinatura reconhecida em cada folha), bem como o facto de não se prever o contraditório da parte contrária quanto às respostas da testemunha.

Capítulo 5

Regime jurídico do depoimento de parte

5.1. Portugal

Enquanto meio de prova, a confissão traduz-se no reconhecimento de um facto desfavorável à parte declarante ou a negação de um facto favorável a essa mesma parte.

Entre as diversas modalidades e formas que esta pode revestir, a análise subsequente centrar-se-á na confissão provocada em depoimento de parte.

O depoimento de parte tem por finalidade, na verdade, a obtenção de confissão do depoente, não se permitindo, em regra, a valoração de factos que lhe sejam favoráveis.

No que diz respeito a este aspeto, cumpre sublinhar que, no âmbito da revisão de 1995-1996, a Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados propôs – através de José Lebre de Freitas – que este depoimento pudesse ser “livremente valorado pelo juiz, embora apenas, na parte em que é favorável ao depoente, em complemento de outras provas”.

O depoimento de parte pode ter lugar na sequência de requerimento da contraparte ou de comparte do depoente. Contudo, no entender de parte da doutrina e da jurisprudência, o comparte do depoente só pode requerer o depoimento deste último caso demonstre um interesse próprio na confissão dos factos sobre os quais irá recair o depoimento, ou seja, quando estes lhe sejam favoráveis.

O recurso a esta figura pode também resultar da iniciativa oficiosa do juiz, sendo que a previsão do poder de este determinar *ex officio* a prestação do depoimento (introduzida aquando da revisão de 1995-1996) parece ter tido como objetivo permitir uma melhor correspondência entre as decisões judiciais e a realidade extraprocessual.

A principal especificidade do depoimento de parte, quando requerido pelas partes, relaciona-se com a necessidade de discriminação dos factos sobre os quais irá incidir.

O relevo concedido pelo legislador relativamente a este aspeto revela-se também no facto de se prever que, caso o requerimento seja apresentado dentro de prazo, o juiz apenas o poderá recusar se o requerente não tiver especificado o objeto do depoimento, na sequência de convite judicial nesse sentido, ou se o seu conteúdo for inadmissível.

A solução legal é, no entanto, criticada por alguns autores, que alertam para o facto de a rigidez do objeto do depoimento (a que acabamos de aludir no penúltimo parágrafo) poder implicar uma menor espontaneidade nas respostas.

O depoimento de parte deve ter lugar, por regra, na audiência final, com três exceções.

Este pode, assim, ser prestado a qualquer momento (mesmo antes de a ação ter sido proposta) quando seja urgente, designadamente por haver receio justificado de que o depoimento venha a tornar-se impossível ou muito difícil. Para tanto, a lei exige que no requerimento de antecipação de prova se identifique a parte cuja audição se pretende e se indique, de forma resumida, as razões que determinam a urgência do depoimento, bem como os factos sobre os quais este irá incidir.

Caso, porventura, o depoente esteja impossibilitado de comparecer em tribunal por motivo de doença, o depoimento poderá ser prestado por escrito, bem como por telefone ou mediante outro meio de comunicação direta com o tribunal, para tanto bastando o acordo das partes. Não havendo acordo, mas encontrando-se a parte em condições de depor, cabe ao juiz designar a data para prestação do depoimento.

O depoimento de parte pode também ter lugar na audiência preliminar. Alguns autores entendem, no entanto, que o depoimento só deve ser prestado nesse momento quando isso significar a obtenção de um ganho a nível da economia processual, designadamente por a prova estar, em grande medida, dependente do depoimento e por estarem reunidas as demais condições para que a causa possa ser decidida no despacho saneador.

Restam duas notas.

A primeira relaciona-se com a necessidade de reduzir a escrito o conteúdo do depoimento na estrita medida em que este traduza confissão ou implique a

indivisibilidade desta. Na verdade, e centrando a análise nos casos de simples confissão, decorre do regime legal que a confissão deverá revestir a forma escrita para poder beneficiar de força probatória plena contra o depoente.

A segunda para sublinhar que a conduta da parte será objeto de livre apreciação pelo tribunal quando, notificada para depor, não compareça, recuse depor ou responda não se lembrar ou nada saber acerca do inquirido.

5.2. Alemanha

O legislador alemão perspetivou o depoimento de parte como um meio de prova subsidiário. Prevê-se, na verdade, que a iniciativa das partes só é admissível quando os demais meios de prova oferecidos pelo requerente não sejam suficientes para a prova dos factos alegados e não seja possível prová-los de outra forma. Neste sentido, o requerimento probatório não deve ser aceite quando o depoimento incida sobre factos que o tribunal considere provados em sentido contrário.

Um dos aspetos relevantes na disciplina legal alemã do depoimento de parte reside na equiparação (tendencial) entre a legitimidade para o requerer e a titularidade do ónus da prova. O depoimento de parte só pode – em regra – ser requerido pela parte que suporta o ónus da prova dos factos sobre os quais tal depoimento irá incidir e respeita ao depoimento da parte contrária.

Permite-se, no entanto, que o tribunal admita o depoimento da parte onerada com o ónus da prova, se, requerendo-o esta, a parte contrária manifestar o seu acordo.

Estabelecendo o contraste com a solução consagrada na lei portuguesa, verifica-se que esta não permite à parte requerer o seu próprio depoimento, embora se admita que os compartes sejam chamados a depor.

O depoimento de parte por iniciativa oficiosa é um meio de prova a que a lei atribui maior preponderância, não prevendo quaisquer limitações à sua utilização. Contempla-se amplamente que o depoimento de uma ou de ambas as partes possa ser determinado *ex officio* pelo tribunal quando as diligências probatórias realizadas até então não sejam suficientes para fundar a convicção judicial sobre a veracidade ou falsidade dos factos alegados.

Em qualquer dos casos, o tribunal profere um despacho a ordenar a produção deste meio de prova, numa exceção à regra da determinação informal.

Acresce que é possível suspender ou mesmo afastar o depoimento de parte quando surjam novos meios de prova sobre os factos que dele seriam objeto. Regras que confirmam o carácter subsidiário do depoimento de parte (para que aponta toda a disciplina legal deste meio de prova) e que tem por razão de ser o perigo de parcialidade que pode existir quanto ao teor das declarações da parte, dado o seu interesse no resultado (favorável) da diligência probatória.

Em sintonia com o disposto na lei portuguesa, a conduta da parte que não compareça, recuse depor ou prestar juramento será, segundo o regime alemão, objeto de livre apreciação pelo tribunal.

O teor do depoimento de parte deve ser apreciado de acordo com a livre convicção do tribunal, o que leva parte da doutrina a entender que tanto as declarações desfavoráveis ao depoente como as declarações que lhe sejam favoráveis podem ser tidas em consideração. Esta é uma das diferenças marcantes em relação ao sistema processual português, em que o depoimento de parte surge como meio de provocar a confissão, pelo que não são consideradas as declarações favoráveis ao depoente.

No sistema alemão, a possibilidade de intervenção das partes no processo civil não se esgota, no entanto, no depoimento de parte, ao contrário do que sucede de acordo com a lei portuguesa. Na verdade, a lei processual alemã prevê que, mesmo nas ações em que o patrocínio judiciário seja obrigatório, a parte possa pedir a palavra no decurso da audiência de julgamento para se dirigir ao tribunal e o tribunal deve, no âmbito da tentativa de conciliação (a decorrer, por regra, imediatamente antes da audiência preliminar ou da audiência de julgamento) ouvir as partes pessoalmente, com o objetivo de se inteirar do estado do processo. Acresce que o legislador perspetiva a audição das partes por iniciativa do tribunal como um importante meio no sentido de se lograr o esclarecimento dos factos controvertidos.

5.3. Itália

O regime consagrado na lei italiana relativamente ao depoimento de parte apresenta algumas diferenças em relação ao previsto na lei processual civil portuguesa.

A parte pode também depor sobre factos que lhe sejam desfavoráveis e favoráveis à parte contrária, já que o depoimento de parte é um meio de prova destinado a provocar a confissão judicial.

No que diz respeito ao seu valor no plano do julgamento da matéria de facto, o depoimento reveste força probatória plena. Excetua-se, contudo, a hipótese de estarem em causa direitos indisponíveis.

Caso a parte não compareça na audiência marcada para o depoimento ou recuse responder às questões formuladas sem apresentar uma justificação legítima, o juiz pode considerar os factos como admitidos, em atenção aos demais meios de prova.

O juramento é um meio de prova que constitui uma originalidade da lei italiana, nos termos da qual a eficácia probatória da declaração da parte deriva do facto de esta jurar dizer a verdade.

A doutrina apresenta, contudo, uma perspectiva bastante crítica acerca do juramento, por entender que os fundamentos da sua tradicional fiabilidade já não se fazem sentir com a mesma preponderância.

De acordo com o regime legal, o juramento será decisório quando for requerido por uma das partes e dele dependa, no todo ou apenas em parte, a decisão da causa. Diferentemente, o juramento suplementar decorre da iniciativa do juiz e incide sobre factos que não tenham sido provados, apesar de as diligências probatórias terem incidido também sobre eles.

Prevê-se, na lei processual italiana, que o juramento decisório pode ser requerido a qualquer momento e deve ser prestado pela parte na presença do juiz instrutor.

Quando a parte não compareça na audiência ou recuse prestar juramento, a lei determina o decaimento em relação aos factos objeto do juramento.

Acresce que se associa ao juramento a concessão de força probatória plena. Excetuam-se, porém, deste especial valor, casos particulares como, por exemplo, a hipótese de não ser prestado por todos os litisconsortes necessários.

No contexto da figura do juramento, a parte também pode prestar declarações sobre factos que lhe sejam favoráveis, o que constitui uma diferença relativamente ao direito português.

Capítulo 6

Regime jurídico da prova documental

6.1. Portugal

No que diz respeito ao momento da sua apresentação, os documentos cuja finalidade seja a prova dos factos que servem de fundamento à ação ou à defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem tais factos. Esta regra abrange, no entender da doutrina, tanto os factos principais como os factos instrumentais da causa.

O regime legal contempla, no entanto, que os documentos possam ser apresentados posteriormente, até ao encerramento da discussão sobre a matéria de facto em primeira instância, caso em que a parte será condenada no pagamento de multa, exceto se provar que não lhe foi possível oferecer o documento com o articulado. Para José Lebre de Freitas, esta solução visa salvaguardar o direito à prova, permitindo às partes apresentar os documentos “até ao momento em que melhor possam decidir da sua conveniência, tidas em conta, porém, as necessidades de andamento do processo”.

O juiz pode recusar, contudo, em qualquer dos casos, a admissibilidade de junção dos documentos, quando considere que estes são impertinentes ou desnecessários, determinando a sua remoção do processo e condenando a parte que os apresentou no pagamento de uma multa.

O regime é substancialmente diferente se se tratar de um documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa. Nestes casos, o documento deverá ser apresentado com o articulado inicial da parte ou, quando não o seja, na sequência de despacho pré-saneador em que o juiz convide ao suprimento da irregularidade, não podendo ser oferecido após este momento.

Uma vez encerrada a discussão em primeira instância, apenas se permite que a parte ofereça, em sede de recurso, os documentos que não tenha podido apresentar até então, seja porque desconhecia a sua existência, seja porque estavam em poder de terceiro. Quando com o documento, porém, se vise provar factos posteriores aos articulados (e desde que não se trate de factos principais, a alegar em articulado superveniente, nos prazos legais) ou quando a necessidade da sua apresentação resulte de ocorrência posterior, é possível oferecê-lo a qualquer momento.

Caso o documento esteja em poder da parte contrária, o interessado pode requerer a sua apresentação, devendo identificá-lo, quando possível, e indicar os factos a cuja prova se destina. Esta regra traduz uma importante manifestação do princípio da cooperação no âmbito da fase de instrução, permitindo ao requerente o acesso aos documentos que não tenha possibilidade de obter por si – *maxime*, os documentos particulares. A necessidade de especificar os factos que com o documento se pretende provar tem por finalidade auxiliar o juiz no momento de decidir da sua utilidade para a decisão da causa, raciocínio em que importa ter em conta as regras sobre a repartição do ónus da prova.

Quando, uma vez notificada para o efeito, a parte não apresente o documento, a sua conduta será objeto de livre apreciação pelo tribunal, sem prejuízo da inversão do ónus da prova quando não seja possível provar o facto senão em face do documento. O tribunal poderá ainda aplicar uma sanção pecuniária compulsória ou condenar a parte no pagamento de uma multa.

Neste particular, alguns autores defendem que a apreensão do documento – embora não expressamente prevista para esta situação – não deve ser afastada à partida, atentas as dificuldades de prova com que o requerente se pode ver confrontado quando o notificado negue deter o documento. Dificuldade acrescida quando a declaração da parte de que não possui o documento obstar à livre apreciação do seu comportamento, cabendo ao requerente provar que tal afirmação é falsa.

Quando, diferentemente, se prove que o notificado já teve o documento em seu poder, a lei estabelece a presunção de que este ainda o possui, exceto se a parte provar que o documento desapareceu ou foi destruído sem culpa sua. Parte da doutrina refere, sobre esta questão, a existência de um ónus de conservação, o qual deve ser observado sempre que o ato revista forma legal

ou convencional, não podendo ser afastado mediante a simples prova de que o notificado já não tem o documento em seu poder.

Se o documento estiver em poder de um terceiro, a parte pode requerer a sua apresentação, devendo para tal proceder à individualização do documento e especificar os factos que com este visa provar. Trata-se, uma vez mais, de uma manifestação do princípio da cooperação na fase de instrução, com a especificidade de o dever de colaboração incidir sobre um terceiro. Se, na sequência da notificação para apresentar o documento, o terceiro nada fizer ou declarar que não o possui, provando o requerente que tal não corresponde à realidade, o juiz pode determinar a apreensão do documento e a condenação do terceiro no pagamento de uma multa ou ainda, na perspectiva de alguns autores, recorrer a meios coercivos.

Considera-se haver, no entanto, recusa legítima de entrega do documento quando este se encontre abrangido pelo dever de sigilo ou se se verificar justa causa, designadamente se o terceiro alegar e provar a existência de um interesse justificado na manutenção do documento em seu poder, embora nesta última situação deva permitir o seu exame ou reprodução.

O tribunal pode ainda determinar, oficiosamente ou na sequência de requerimento das partes, que estas, terceiros ou organismos oficiais, exibam os documentos “necessários ao esclarecimento da verdade”. Esta previsão legal apresenta como principais especificidades o facto de, por um lado, importar o reconhecimento expresso da possibilidade de iniciativa oficiosa neste domínio e de, por outro lado, tornar claro ser possível a requisição de documentos a entidades oficiais.

Parte da doutrina e jurisprudência encara a requisição *ex officio* de documentos como um meio subsidiário do direito de as partes requererem a apresentação dos mesmos, o que conduz a uma configuração limitativa das situações em que este poder poderá ser exercido. Diferentemente, na perspectiva de outros autores, a postura atuante do juiz na fase de instrução pode contribuir para que esta decorra de forma mais eficiente e célere, pelo que não se justifica a adoção de um entendimento do primeiro tipo, conducente à limitação dos poderes oficiosos do tribunal neste âmbito.

6.2. Alemanha

Segundo o regime processual alemão, os documentos devem ser oferecidos com o articulado em que se aleguem os factos carecidos de prova. Esta regra visa permitir que a delimitação do objeto do litígio ocorra o mais cedo possível e aproxima-se, em larga medida, da solução consagrada na lei portuguesa.

Caso o documento esteja em poder da parte que pretende oferecê-lo, a prova documental considera-se produzida com a apresentação do documento. Os principais problemas surgem, no entanto, quando o documento está em poder da parte contrária, de terceiro ou ainda de entidades oficiais.

Se estiver em poder da parte contrária, o requerimento probatório deve descrever o documento, o seu conteúdo e os factos a cuja prova se destina, bem como enunciar as circunstâncias das quais decorre a sua detenção pela parte contrária e especificar os motivos que fundamentam a obrigação de apresentação.

Os deveres de apresentação de documentos na posse da parte contrária são, porém, bastante limitados, resultando a sua previsão, ora do direito substantivo, ora da atuação processual anterior da parte contrária, através de referências feitas ao documento em causa, designadamente no contexto dos articulados.

Alguns autores defendem, contudo, a existência de um dever geral de apresentação de documentos a cargo da parte contrária.

A solução a este propósito consagrada na lei portuguesa é diversa, fazendo-se depender o dever de apresentação do documento da sua relevância para a decisão da causa. Já a lei alemã exige, para além deste requisito material, que haja um dever específico de apresentação, sem o qual o juiz não pode, na sequência de requerimento de uma das partes, ordenar a apresentação de documento que se encontre em posse da parte contrária.

Se o documento estiver em poder de terceiro, só é possível, segundo a lei processual alemã, requerer a sua apresentação caso exista um dever de direito substantivo. O requerimento deverá, nessa hipótese, conter uma descrição do documento a apresentar, do seu conteúdo, dos factos que o requerente pretende provar por seu intermédio e conter uma referência específica aos motivos que fundamentam a obrigação de apresentação, bem como às circunstâncias que demonstram que o documento se encontra na posse do terceiro. Caso o tribunal julgue procedente o requerimento probatório,

deve, simultaneamente, estabelecer um prazo para que o terceiro apresente o documento.

A iniciativa oficiosa do tribunal no âmbito da prova documental, referente a documentos em posse das partes ou de terceiro, limita-se aos documentos a que uma das partes tenha feito referência e, em geral, aos documentos que estejam em poder de entidade oficial.

A lei perspetiva o poder oficioso do juiz com alguma cautela, o que se evidencia, nomeadamente, quando se atente na previsão legal de que o terceiro não está obrigado a apresentar o documento quando tal não seja razoável e, bem assim, quando se verifique qualquer dos motivos que constituem fundamento para a escusa de depoimento como testemunha. Considera-se que a apresentação de um documento por parte de um terceiro não é “razoável” quando envolva um esforço e dificuldades muito consideráveis para este, designadamente em função do tempo a despende e dos custos envolvidos com a recolha e apresentação do documento, bem como da idade e/ou do estado de saúde do terceiro.

Procurando traçar um paralelo entre esta situação e o disposto na lei portuguesa, conclui-se que este último sistema jurídico concede uma latitude muito considerável à iniciativa oficiosa, podendo esta ter por objeto todos os “documentos necessários ao esclarecimento da verdade”.

Considerar-se-ão agora as consequências decorrentes de, sendo (na sequência de solicitação de uma das partes) proferido despacho através do qual o tribunal ordene que a parte contrária apresente um documento que se encontra em sua posse, aquela não corresponder. Quando assim é, o tribunal pode considerar provados os factos a cuja prova o documento se destinava.

A questão é menos clara quando se trata do exercício do poder oficioso do tribunal, uma vez que não existe norma expressa. Se, nesta hipótese, uma das partes não apresentar o documento, a doutrina entende ser possível aplicar, por analogia, a mesma solução, tendo sempre em conta as razões invocadas no sentido da recusa. Quando, diferentemente, quem se recuse a apresentar o documento seja terceiro, o tribunal pode condená-lo no pagamento de sanção pecuniária, à semelhança do que sucede quando há recusa ilegítima em depor como testemunha.

A lei processual portuguesa regula esta matéria de forma expressa, permitindo – por exemplo – a aplicação de multa ou a livre valoração do comportamento omissivo da parte.

6.3. Inglaterra

Um dos aspetos em que a distinção entre o sistema processual português e inglês é mais notória reside na forma de produção da prova documental.

Nos termos do regime jurídico português, só é exigível que as partes apresentem, por sua iniciativa, os documentos que pretenderem utilizar como meio de prova e, simultaneamente, limita-se o requerimento de documentos em poder da parte contrária a situações excepcionais, impondo-se ao requerente a identificação do documento em questão e os factos a cuja prova se destina.

Diversamente, de acordo com a lei inglesa, a prova documental é proposta, na generalidade dos casos, no âmbito de um processo constituído por duas etapas – a *disclosure*, ou revelação, e a inspeção. A revelação é o meio pelo qual uma das partes dá conhecimento às demais dos documentos que estejam ou tenham estado em seu poder e que sejam relevantes para a decisão da causa, independentemente de o seu conteúdo ser favorável ou desfavorável à parte que os revela.

A obrigação de revelação resulta de ordem emanada do tribunal e incide, por regra, sobre os documentos enunciados na lei.

Qualquer uma das partes pode, no entanto, requerer a *specific disclosure* de outros documentos ou categorias de documentos.

Na prática, a revelação passa pela notificação à parte contrária de uma lista em que se procede à identificação clara e sucinta dos documentos relevantes. Desta lista deve ainda constar a menção dos documentos que estão abrangidos por sigilo e daqueles que já não se encontram em poder da parte, bem como, nesse caso, da razão para tal.

Na sequência da revelação, a parte contrária pode requerer a inspeção presencial de quaisquer documentos que estejam em poder da outra parte (e em relação aos quais esta não tenha invocado a existência de sigilo) ou, em alternativa, a extração de fotocópias dos mesmos.

Caso a parte não proceda à *disclosure* ou não permita a inspeção dos documentos, a lei determina a impossibilidade de valoração dos mesmos como meio de prova, salvo quando o tribunal o autorize, podendo a recusa conduzir mesmo a que o articulado apresentado pela parte seja desentranhado. Embora apenas eventual, a possibilidade de desentranhamento do articulado é uma consequência mais gravosa do que a prevista na lei portuguesa – a livre apreciação da conduta omissiva da parte.

A revelação pode ainda ser pedida relativamente a terceiros à causa. Nestes casos, o requerente deve identificar os documentos ou categorias de documentos que pretende ver revelados, sendo que o tribunal só ordenará a *disclosure* caso esta seja essencial para a justa resolução do litígio ou para a poupança de custos, bem como quando os documentos possam afetar a posição de uma das partes.

Nos termos do regime jurídico inglês, só se exige que os documentos fornecidos na sequência da revelação constem do processo na medida em que venham a ser utilizados como meio de prova no julgamento. Neste caso, os documentos deverão integrar, como qualquer outro meio de prova, o dossiê elaborado pelo autor para a audiência de julgamento (*trial bundle*), que é distribuído à parte contrária e ao juiz.

A doutrina tem ressaltado algumas das inúmeras virtualidades da revelação, como a redução da assimetria de informação entre as partes, a probabilidade de resultados probatórios inesperados e, simultaneamente, a circunstância de permitir que as partes ponderem de modo mais esclarecido as suas perspetivas de sucesso e a eventual utilidade de um acordo.

A *disclosure* pode, no entanto, implicar custos elevados e dificultar a atividade do tribunal e das partes, designadamente nos casos mais complexos. A solução consagrada na lei inglesa no sentido de que a *standard disclosure* constitua a regra parece ter como objetivo a minoração destes inconvenientes.

6.4. Itália

A requisição de documentos em poder da parte contrária ou de terceiros deve decorrer de iniciativa da parte, exceto nos casos previstos na lei.

Uma vez formulado tal requerimento probatório, o juiz só deve ordenar que a parte contrária ou o terceiro apresentem o documento em seu poder quando este seja indispensável e necessário para a prova de um facto relevante para a decisão da causa.

A apresentação do documento não deve, porém, ser ordenada quando importe a violação de um dever de sigilo ou acarrete graves prejuízos para o requerido, sendo que, quando se trate de documento em poder de terceiro, o juiz deve procurar conciliar o direito deste com os interesses da justiça. Não existe, porém, disposição legal expressa que defina a consequência em caso

de não apresentação do documento, quando tenha havido decisão do juiz nesse sentido.

A jurisprudência majoritária e parte da doutrina entendem que, tratando-se de uma lacuna, a recusa da parte contrária pode constituir argumento de prova, enquanto a recusa do terceiro pode implicar a aplicação de multa. A doutrina refere, no entanto, que estas sanções não são – em muitos casos – contra-estímulo suficiente no sentido de determinar a apresentação do documento.

Capítulo 7

Regime jurídico da prova pericial

7.1. Portugal

O recurso à prova pericial consubstancia-se na convocação de peritos para percepção ou apreciação de factos relevantes para a decisão da causa, quer quando estes exijam conhecimentos específicos que o juiz não detenha, quer quando respeitem a pessoas e não sejam passíveis de prova por inspeção judicial.

Este meio de prova pode abranger quer a inspeção de pessoas ou de coisas (móveis e imóveis), quer a avaliação de coisas ou direitos, sendo que em ambas as situações o perito surge como intermediário entre o juiz e o objeto de prova..

No que concerne ao processo de designação dos peritos, a regra consiste na realização da perícia pelo estabelecimento, laboratório ou serviço oficial competente, caso as partes não requeiram a perícia colegial nem o juiz a determine.

No entanto, e mesmo não havendo lugar a perícia colegial, esta regra pode ser afastada se não houver entidade especializada na área em questão, caso o Estado seja parte na causa ou, ainda, quando tal se revele inconveniente no caso concreto (atenta, por exemplo, a disponibilidade de um perito de inquestionável mérito). Nestas situações, o juiz deverá ouvir as partes quanto à designação do perito, procedendo à nomeação, se estas não chegarem a acordo, ou designando o perito indicado por acordo das partes. Só não procederá neste último sentido quando tenha razões fundadas para questionar a idoneidade e competência desse perito concordantemente proposto pelas partes.

Quando, diferentemente, a perícia seja colegial, o procedimento de nomeação dos peritos reveste algumas especificidades.

A perícia colegial pode resultar de requerimento das partes, deferido pelo juiz ou por iniciativa oficiosa deste, circunscrita aos casos em que o tribunal

considere que os factos a apreciar são especialmente complexos ou implicam a análise de aspetos distintos.

Nesta hipótese, e na falta de acordo entre as partes quanto à designação dos peritos, cada parte poderá indicar um perito – no requerimento probatório e na resposta, respetivamente –, cabendo ao juiz a escolha do terceiro perito no momento em que ordene a realização da perícia. Caso nenhuma das partes nomeie o perito, passa-se, em regra, à perícia singular, salvo se o juiz entender que a intervenção de dois ou mais peritos é essencial, devendo, então, proceder à sua nomeação.

A prova pericial pode ser requerida pelas partes ou determinada officiosamente pelo juiz.

No requerimento probatório apresentado pela parte deve, desde logo, proceder-se à delimitação do objeto da perícia, nele se indicando, sob pena de indeferimento, os factos que através desta se pretende esclarecer. Com esta solução, visa-se, no entender da doutrina, conceder maior flexibilidade aos peritos na realização da diligência e subsequente redação do relatório pericial, bem como assegurar uma maior igualdade entre as partes.

O juiz deve indeferir o requerimento quando entenda que a perícia é impertinente ou meramente dilatatória. Caso, diferentemente, considere ser de admitir, segue-se a audição da parte contrária, que pode propor a ampliação do objeto da perícia ou a sua redução, com base na inadmissibilidade ou irrelevância da prova pericial. Alguns autores defendem, a este propósito, que, quando a parte contrária se pronuncie pela ampliação do objeto da perícia, o juiz deve permitir ao requerente o exercício do contraditório. Acresce que, quando ordena a produção de prova pericial, o juiz pode ainda determinar a ampliação ou restrição do seu objeto.

Quando, diversamente, a perícia resulte de iniciativa officiosa, cabe ao juiz fixar o respetivo objeto no próprio despacho em que a ordene, sem prejuízo de a lei permitir que as partes sugiram o alargamento do âmbito objetivo da diligência. A redação do preceito em que se prevê esta possibilidade aponta, no entender de parte da doutrina, para a natureza insindicável do poder do juiz, pelo que a decisão de rejeição será insuscetível de recurso.

Prevê-se legalmente que, por regra, a data e o local em que a perícia terá lugar devem constar do despacho em que o juiz determine a realização da diligência e nomeie o(s) perito(s), dele sendo notificadas as partes.

A perícia pode implicar a inspeção de pessoas ou coisas ou a realização de averiguações, quando haja necessidade de obter esclarecimentos ou de analisar elementos que constem dos autos, sendo que, no exercício das suas funções, os peritos podem solicitar esclarecimentos às partes e a terceiros, bem como a colaboração de entidades oficiais e (se confrontados com uma questão que só possa ser ultrapassada mediante intervenção judicial) do próprio juiz.

As partes podem, por princípio, acompanhar a realização da perícia. Não assim, porém, quando tal possa ofender o pudor (por exemplo, caso se trate de um exame médico) ou importe a violação de dever de sigilo cuja existência e exatos contornos tenham sido objeto de decisão prévia por parte do juiz.

Sempre que assistam à perícia, as partes podem formular as observações que tenham por convenientes e devem esclarecer os peritos sobre as questões por estes formuladas. A publicidade da diligência conduz, também, à necessidade de notificar as partes da data em que a perícia será retomada, quando estas possam estar presentes.

Concluída a perícia, o perito ou peritos têm o dever legal de elaborar um relatório, no qual devem pronunciar-se sobre os factos que tiveram oportunidade de analisar, bem como de justificar as conclusões a que tenham chegado a propósito de cada um deles. O relatório pericial pode constar da própria ata da diligência, o que sucederá quando o juiz esteja presente e o perito possa pronunciar-se de imediato. Quando tal não seja possível, será apresentado por escrito, seguindo-se a sua notificação às partes.

O regime legal faculta que, quando as partes não se conformem com o relatório pericial, possam apresentar reclamação escrita no prazo de dez dias com base em deficiência, obscuridade ou contradições do conteúdo do relatório ou na insuficiente fundamentação da respetiva conclusão. Caso a reclamação seja procedente, o juiz determina que o perito ou peritos completem, clarifiquem ou fundamentem o relatório, o mesmo devendo fazer – ainda que oficiosamente – quando se depare com uma insuficiência do mesmo.

As partes podem requerer a realização de uma segunda perícia, dispondo para tanto de dez dias contados a partir da data em que tomaram conhecimento do resultado da primeira perícia ou dos esclarecimentos e aditamentos que tenha havido ao relatório pericial. Do requerimento devem, porém, constar os motivos que levam a parte a discordar das conclusões constantes do relatório pericial.

A segunda perícia pode também decorrer de iniciativa oficiosa do juiz, a todo o tempo.

O âmbito objetivo da segunda perícia delimita-se, no essencial, em função dos factos abrangidos pela perícia anterior (embora possam ser apreciados outros factos que, apesar de não analisados, o pudessem ter sido), o que enfatiza a sua função de suprir a possível inexatidão da primeira perícia. Esta circunstância implica, de igual modo, que a segunda perícia deva ser realizada por peritos que não tenham participado na anterior diligência probatória. Os peritos podem também, a requerimento de uma das partes ou por iniciativa do juiz, ser convocados para comparecer na audiência final. Na ausência de previsão legal de qualquer prazo perentório, alguns autores entendem que as partes podem apresentar tal requerimento até ao momento em que o tribunal efetue as notificações para comparência na audiência de discussão e julgamento

A intervenção do perito na audiência final destina-se, sobretudo, a permitir uma melhor compreensão das conclusões do relatório pericial e dos seus fundamentos, bem como, no caso de perícia colegial, a esclarecer possíveis divergências entre os peritos, assim auxiliando o juiz a formar a sua convicção sobre os factos objeto deste meio de prova. Pode ainda haver lugar, nesta ocasião, a correção de insuficiências do relatório pericial, quando tal não tenha ocorrido anteriormente.

7.2. Alemanha

No sistema alemão, a realização de prova pericial pode decorrer de requerimento das partes ou de iniciativa oficiosa, à semelhança do que sucede de acordo com a lei portuguesa. Oferecido o requerimento probatório, o juiz decide sobre a admissão da prova pericial no uso de um poder discricionário, tomando por referência os seus conhecimentos sobre as questões que suscitadas no processo.

A nomeação do perito, tal como a opção pela perícia singular ou pela perícia colegial, cabe, por regra, ao juiz, embora se preveja legalmente a possibilidade de este solicitar a colaboração das partes, convidando-as a indicar uma ou mais pessoas para desempenharem a função de perito.

A solução legal decorre da preocupação em assegurar a imparcialidade dos peritos, que é encarada como um pressuposto da credibilidade do relatório pericial e das suas conclusões.

Que a escolha do(s) perito(s) seja realizada pelo juiz não é, contudo, um pressuposto absoluto: quando exista acordo das partes a este respeito, o juiz deve nomear o perito indicado, embora possa limitar o número de peritos a designar por essa via.

A liberdade de escolha do juiz é, por outro lado, legalmente restringida quando existem listas oficiais de peritos elaboradas pelas respetivas ordens profissionais ou por entidades governamentais. Nestes casos, o perito deve ser escolhido dentre aqueles que constem da lista, salvo quando circunstâncias especiais determinem a nomeação de outra pessoa.

Uma vez nomeado, o perito tem por função auxiliar o tribunal na apreciação dos factos relativos à sua área de especialização, o que explica o poder de orientação da atividade do perito, que o sistema legal reconhece ao juiz.

A tarefa confiada ao perito tem, assim, subjacente, a imparcialidade deste, pelo que as partes podem pedir a recusa daquele nas mesmas situações em que é admissível a dedução do incidente de recusa do juiz. Da lei processual portuguesa consta regra semelhante.

O regime jurídico alemão não impõe, contudo, qualquer dever geral de elaboração do relatório pericial, prevendo-se, diferentemente, os casos em que a apresentação do relatório pericial é obrigatória. A análise do texto legal permite, no entanto, concluir que o dever de elaboração de relatório pericial abrange a generalidade dos peritos, em virtude da qualidade oficial em que atuam ou da aceitação desse mesmo dever.

Acresce que o perito pode escusar-se a apresentar o relatório nas mesmas circunstâncias em que a lei permite a escusa do depoimento como testemunha.

Na sequência da apresentação do relatório pericial, e à semelhança do que sucede segundo a lei portuguesa, o tribunal pode determinar, *ex officio* ou a requerimento das partes, a comparência do perito na audiência de julgamento, a fim de que este esclareça o conteúdo do relatório. Em relação à segunda perícia, a lei alemã permite que nesta intervenha o mesmo perito ou outro. Segundo o regime constante do CPC, porém, exige-se a sua realização por perito diverso.

7.3. Inglaterra

O regime jurídico inglês relativo à prova pericial é recortado em moldes bastante restritivos, prevendo-se, designadamente, que o tribunal só deve admitir a intervenção de peritos quando esta se revele como razoavelmente necessária para a resolução do litígio. A doutrina entende, neste contexto, que, considerando os custos e os atrasos que este meio de prova pode implicar, o poder de gestão processual, na sua vertente de controlo da produção da prova, assume particular relevância.

No mesmo sentido, a lei obsta, por regra, ao depoimento oral dos peritos na audiência de julgamento quando a tramitação da ação obedeça às regras da *small claims track* ou da *fast track*; o mesmo não acontecendo, porém, caso os interesses da justiça impuserem o depoimento presencial. Diferentemente, no sistema processual português a prova pericial não conhece limitações tão significativas, permitindo-se, com alguma amplitude, que os peritos possam ser chamados a depor na audiência final, por iniciativa do juiz ou na sequência de requerimento de uma das partes.

Quando ambas as partes pretendem requerer prova pericial a respeito da mesma questão litigiosa, a nomeação de um perito único (*single joint expert*) ou de peritos diferentes depende, em larga medida, da verificação dos fatores expressamente enunciados na lei a este propósito. Importa, para esse efeito, ter em consideração (entre outros aspetos) a existência de opiniões divergentes na área do saber em causa, os eventuais ganhos de economia processual resultantes da designação de um perito único, bem como o valor e a complexidade da causa.

Caso o tribunal opte pelo perito único e as partes não cheguem a acordo quanto à nomeação deste, cabe ao tribunal a sua designação.

Sendo nomeado um perito único, incumbe às partes indicar as questões de facto a que a perícia deve dar resposta. Uma vez formuladas tais questões por cada uma das partes, estas são comunicadas à parte contrária. Nas restantes situações, a indicação do objeto da perícia compete, em exclusivo, à parte que nomeia o perito. O perito pode, contudo, solicitar instruções ao tribunal sempre que o considere necessário.

Apresentado o relatório pericial, e com o objetivo de clarificar o seu conteúdo, as partes podem suscitar questões ao perito nomeado pela parte contrária ou ao perito único. Tais dúvidas devem ser enunciadas por escrito

e, salvaguardada a hipótese de o tribunal ou a parte contrária aceitarem a apresentação de questões adicionais, só podem ser formuladas uma vez.

Caso o perito nomeado por uma das partes não responda à questão formulada, o tribunal pode decidir que a parte está impedida de utilizar o relatório pericial como meio de prova e/ou o pagamento integral da remuneração do perito. Se, pelo contrário, o perito responder às questões que lhe forem dirigidas, as respostas passam a integrar o relatório pericial. O tribunal pode designar data para realização de uma reunião com os peritos, com o objetivo de identificar e discutir as questões que aqueles deverão apreciar e, se possível, obter um entendimento comum quanto a estas. Neste contexto, o tribunal pode ainda solicitar aos peritos que apresentem, no final da reunião, uma declaração em que esclareçam quais os assuntos relativamente aos quais estão de acordo e aqueles em que a discordância persiste, indicando, nesta última hipótese, a razão para tal.

Constituindo função principal dos peritos a de auxiliar o tribunal nas questões relativas à respetiva área de especialização, o regime jurídico coloca especial tónica na garantia da imparcialidade destes.

7.4. Itália

A fase de instrução desenvolve-se ao longo de uma ou mais audiências em que há lugar à produção dos diferentes meios de prova, incumbindo ao juiz, quando admite um determinado meio, marcar a audiência na qual a diligência probatória decorrerá.

A lei parece apontar no sentido de que a atividade instrutória deve realizar-se numa única audiência. Alguns autores entendem, no entanto, que o legislador de 2005 não pretendeu alterar o sistema anterior, pelo que a produção da prova continua a desenvolver-se em várias audiências, não raro espaçadas no tempo. Tal não colide com a possibilidade, existente em abstrato, de organização das audiências em função do meio de prova a produzir – assim, por exemplo, uma das audiências pode ser destinada à prova testemunhal e outra à prova pericial.

Para além de ao juiz assistir a faculdade de excluir determinados meios de prova, de outro modo admitidos, quando considere que aqueles são desnecessários em função dos resultados probatórios já obtidos, acresce-lhe o dever de promover a realização de um resumo escrito da atividade probatória e dos seus resultados.

7.5. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*

As *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (doravante *IBA Rules*) constituem um importante repositório de regras de produção da prova no âmbito da arbitragem internacional. De acordo com o ponto 1 do preâmbulo, as regras têm em vista criar um “procedimento eficiente, económico e justo de produção de prova na arbitragem internacional, particularmente quando esta envolva partes oriundas de tradições jurídicas diferentes”.

Em matéria de prova pericial, os artigos 5.º e 6.º das *IBA Rules* admitem a nomeação cumulativa de peritos pelas partes e pelo tribunal.

Quanto aos peritos indicados pelas partes, exige-se que aqueles sejam independentes. O tribunal pode convocar uma reunião entre os peritos designados quanto à mesma questão para que estes debatam o assunto e tentem chegar a acordo. No final da reunião, os peritos devem indicar por escrito quais os aspetos em que houve acordo e desacordo e, neste caso, quais as razões da discordância.

A parte que não indicou o perito pode requerer a presença deste em audiência e a falta injustificada leva à desconsideração do relatório pericial, salvo quando o tribunal decida o contrário com base em circunstâncias excecionais. Caso a parte não requeira a presença do perito indicado pela contraparte, não se presume que tenha aceite a correção do relatório.

Os peritos nomeados pelo tribunal são escolhidos após consulta às partes, o mesmo se passando com a definição do objeto da perícia. As partes podem opor-se ao perito indicado pelo tribunal com base na falta de qualificações ou na falta de independência, cabendo ao tribunal a decisão acerca do incidente.

O perito pode requerer a prestação de informações ou que lhe seja facultado o acesso a determinados bens relevantes para a perícia, atuando neste particular com a mesma autoridade que o tribunal. Qualquer conflito entre as partes e o perito é dirimido pelo tribunal.

O relatório pericial é notificado às partes, sendo-lhes dado acesso a todas as informações ou bens que o perito pôde analisar. Admite-se a resposta ao relatório através de prova testemunhal ou de prova pericial, por meio de perito indicado pela parte.

As partes e o tribunal podem solicitar a comparência do perito em audiência e a prova está sujeita à livre apreciação do tribunal.

Capítulo 8

Princípios processuais transnacionais em matéria de prova

Com o objectivo de tentar identificar e promover a adoção de princípios e regras processuais gerais, designadamente em matéria de sistema de prova, adaptáveis à generalidade dos ordenamentos (não obstante as particularidades de cada ordem jurídica), o ALI (American Law Institute) e o UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) desenvolveram um trabalho de investigação que culminou num conjunto de princípios designado por “Princípios de Processo Civil Transnacional”.

Tais princípios destinam-se a informar um regime jurídico suscetível de ser adotado pela generalidade dos sistemas em matéria comercial, revelando-se ainda adaptável à litigiosidade civil. Representam, nesta medida, um denominador passível de ser comum aos vários ordenamentos jurídicos processuais.

Quanto ao princípio do contraditório em sede de prova produzida oralmente, reconhece-se às partes o direito de interrogar diretamente a parte, testemunha ou perito que tenham sido previamente interrogados pela outra parte ou pelo tribunal.

O direito a pronúncia abrange igualmente todas as circunstâncias em que haja lugar a produção de prova por iniciativa do tribunal, bem como as hipóteses em que o tribunal pretenda decidir com base numa fundamentação jurídica, interpretação dos factos ou interpretação das provas que não tenha sido anteriormente invocada por uma ou por ambas as partes.

O dever de colaboração das partes e entre as partes encontra-se consagrado, com carácter geral, quando se prevê que as partes “partilham com o tribunal o encargo de tentar alcançar uma solução equitativa, eficaz e razoavelmente célere do litígio”, bem como que “as partes e os advogados devem agir lealmente nas suas relações com o tribunal e as outras partes”.

A essa menção geral acresce a especial referência à existência do dever em causa (quer em sentido negativo – obrigação de omissão, quer em sentido positivo – obrigação de ação) em domínios específicos. A produção de prova está, assim, abrangida pelo dever de colaboração.

A colaboração das partes e de terceiros é configurada como um dever jurídico (não como um mero ónus), razão pela qual se prevê que o tribunal possa aplicar sanções a quem se abstenha ou se recuse a acatar as injunções do tribunal proferidas na pendência da instância ou se abstenha de participar no processo. A sanção imposta deve, porém, revelar-se adequada e proporcional à importância da matéria em causa e ao dano provocado, tomar em consideração o grau de participação e a intenção da pessoa em causa e ser aplicável apenas se esta não beneficiar de imunidade ou de norma similar de proteção.

São exemplo de sanções adequadas para a falta de colaboração das partes, a rejeição total ou parcial do pedido ou da defesa, o julgamento à revelia, a suspensão da instância, a condenação no pagamento de custas e de despesas para além dos limites legalmente previstos e a associação de consequências desfavoráveis a tal comportamento. No caso particular de uma das partes ter em sua posse, ou ao seu alcance, um meio de prova relevante e se recusar injustificadamente a apresentá-lo, o tribunal poderá daí extrair consequências desfavoráveis em sede de julgamento da questão a que respeita tal meio de prova.

Tratando-se de terceiro ou de parte, a condenação no pagamento de quantia pecuniária (designadamente de multa ou sanção pecuniária compulsória) constitui uma das sanções tidas por adequadas em caso de não observância do dever de colaboração. Se o facto consubstanciador do dever de colaboração for praticado por advogado das partes, este pode, entre outras sanções, incorrer na obrigação de pagamento das custas.

Igualmente passível de sanção é o não cumprimento, sem motivo legítimo, das obrigações decorrentes, para as partes e seus advogados, da calendarização fixada pelo tribunal.

Na fase inicial, as partes devem fazer constar dos articulados os respetivos pedidos e defesa e indicar os principais meios de prova.

Tal conformação não tem, porém, de ser absolutamente definitiva, adotando-se, a este propósito, uma visão flexível do princípio da preclusão. Permite-se, assim, às partes, a posterior alteração das suas pretensões ou da sua defesa, passando o objeto do litígio a ser definido em conformidade com

essas modificações. Tal flexibilidade abrange, de igual modo, a indicação dos meios de prova inicialmente feita.

Tal pressuporá, contudo, que a referida alteração seja determinada por fundamentos sérios, que seja notificada à outra parte e que dela não decorra um atraso indevido do processo nem qualquer outra injustiça.

Nestes termos, e apesar de as partes terem o dever de, desde o primeiro momento, apresentar, de modo razoavelmente detalhado, os factos e as razões de direito que aleguem, bem como de indicar de modo suficientemente preciso os meios de prova em que baseiam as suas alegações, o tribunal poderá considerar factos ou meios de prova que venham a ser posteriormente indicados em virtude de, por motivo sério, tal não ter sido possível em momento anterior.

Em conformidade com esse espírito, permite-se também que as partes alterem (ou sejam convidadas a alterar) as suas alegações em matéria de facto ou de direito, para o que poderão invocar novas razões jurídicas ou meios adicionais de prova. Isso pressupõe, contudo, que, em obediência ao princípio do contraditório, à outra parte seja concedida a possibilidade de se pronunciar quanto à nova matéria.

Em virtude da garantia do direito à prova, e sob condição de requerimento tempestivo, o tribunal deverá ordenar que sejam disponibilizados às partes todos os meios de prova relevantes, que tenham sido devidamente identificados e que, não assumindo carácter confidencial, se encontrem em poder da outra parte ou, se tal se revelar necessário e adequado, em poder de terceiro. Não constitui motivo de recusa de disponibilização de tais meios de prova a circunstância de estes proporcionarem o acesso a informação que se possa revelar contrária aos interesses de quem os disponibiliza.

O direito à prova envolve o direito a produzir prova (o que inclui o direito a prestar depoimento com valor probatório) e o direito a ter acesso às provas relevantes para a derrenção do litígio que não estejam abrangidas por sigilo.

Entre as modalidades de prova em abstrato admissíveis contam-se o depoimento de parte, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção de objetos ou pessoas.

No que se refere à forma (oral ou escrita) de produção de prova testemunhal e pericial, os depoimentos testemunhais serão, na ausência de decisão judicial em contrário, prestados oralmente, sendo os depoimentos periciais apresentados por escrito. O tribunal pode, contudo, determinar, mediante audição prévia

das partes, que as testemunhas deponham por escrito, sendo que, nesse caso, tal documento deve ser proporcionado às partes antes do início da audiência.

Permite-se também que o depoimento (testemunhal ou pericial) oral se circunscreva a questões que assumam natureza suplementar relativamente ao constante do depoimento escrito.

A prova pericial pode ter lugar por iniciativa do tribunal ou na sequência de requerimento das partes.

Em conformidade, prevê-se que assiste a estas o direito de juntar aos autos o relatório de um perito escolhido por si para se pronunciar quanto a qualquer questão relevante e passível de prova pericial.

O tribunal pode ordenar a realização de uma perícia sempre que entenda que tanto se revela útil, podendo tal diligência ter por objeto, designadamente, o teor de um direito estrangeiro. Caso as partes se revelem concordantes quanto ao perito a nomear, deverá ser este, por princípio, o designado pelo juiz.

Sobre os peritos impende, em qualquer uma das hipóteses, o dever de apresentar um relatório completo e objetivo sobre a questão cuja apreciação lhes foi submetida.

O tribunal pode também considerar, para efeitos decisórios, a informação escrita que (na sequência de pedido por si formulado) lhe seja proporcionada por terceiros à causa (*amicus curiae*) relativamente a questões jurídicas importantes no processo ou sobre o contexto geral do litígio. Isso pressupõe, contudo, que às partes seja previamente concedida a possibilidade de se pronunciarem, por escrito, quanto ao teor de tal parecer.

Idêntico dever de audição das partes existe sempre que, ao abrigo do princípio do inquisitório, o tribunal ordene a produção oficiosa de prova.

Por princípio, o tribunal presenciará diretamente a produção de prova. Quando tal se revele necessário pode, porém, delegar em terceiro tal função, bem como a de preservação da prova até à audiência final (momento em que tal matéria probatória será tomada em consideração pelo tribunal).

Produzida a prova, haverá lugar à sua apreciação. Tal valoração será feita de acordo com o princípio da livre apreciação da prova, não devendo o tribunal considerar, de modo indevido, a sua natureza ou origem. O tribunal julgará, portanto, um facto como provado se ficar suficientemente convencido da sua veracidade, sendo que, no que diz respeito ao ónus da prova, impende sobre cada parte o encargo de demonstrar os factos alegados como fundamento da sua pretensão.

Capítulo 9

A prova nas visitas a tribunais estrangeiros

No âmbito da investigação, foram realizadas visitas a três tribunais estrangeiros – o *The Commercial Court*, em Dublin, na Irlanda, e o *Amtsgericht Dippoldiswalde* e o *Landgericht Dresden*, na Alemanha.

Reproduz-se aqui a parte do relatório das visitas que releva em matéria de prova nestes dois ordenamentos jurídicos.

9.1. *The Commercial Court*

O *The Commercial Court* (doravante referido apenas como *Commercial Court*) constitui um modelo, a nível internacional, enquanto tribunal de comércio, tendo sido criado, em 2004, com o objetivo de permitir que o julgamento dos litígios comerciais mais complexos e de valor elevado decorresse de forma mais rápida, eficaz e menos dispendiosa. Este tribunal tem apresentado resultados muito positivos no que respeita à duração média dos processos.

No final da fase inicial, o autor deve apresentar, após consultar (e por acordo com) a outra parte, uma síntese do processo (*case booklet*), o qual deve conter, designadamente, documentação prévia ao julgamento, apresentada por ordem cronológica, incluindo cópia das peças processuais (*pleadings*), declarações juramentadas ou depoimentos escritos (*affidavits*) que tenham dado entrada no tribunal, declarações ou alegações sobre os factos invocados, ordens ou instruções dadas e toda a correspondência trocada entre as partes, relacionada com a preparação do julgamento.

As partes devem, assim, preparar um documento único do processo e apresentá-lo ao tribunal, o qual constituirá, a partir daí, a base de trabalho. Este documento corresponde, aliás, ao próprio processo. O *case booklet* pode,

nesta medida, e em função da complexidade de cada caso, ter um número considerável de volumes.

Numa fase intermédia, salvaguardada a hipótese de o juiz, no exercício dos seus poderes de gestão processual, decidir em sentido diverso, o autor deve apresentar uma síntese da preparação do julgamento e sumário do processo (*trial booklet and case summary*).

Este documento (que pressupõe a consulta prévia da parte contrária, no sentido de ser elaborado por acordo) deve ser remetido ao tribunal até quatro dias antes da data fixada para o julgamento e, sem prejuízo de incidir sobre uma série de aspetos relacionados com o processo, serve essencialmente para preparação do julgamento.

O documento deve conter todos os elementos relevantes do processo, por ordem cronológica, atualizando a síntese apresentada anteriormente, com inclusão dos documentos ou parte de documentos em relação aos quais existe acordo entre as partes, as declarações de testemunhas e toda a correspondência trocada.

O sumário deve ainda conter uma lista das pessoas envolvidas nas questões relativas ao processo e, quando tal se revele necessário, um glossário de termos técnicos que se prevê que venham a ser utilizados no julgamento.

Trata-se, também neste caso, de documento que deve ser preparado pelas partes, facilitando a atividade a desenvolver durante o julgamento – quer pelas partes, quer pelo tribunal.

Este documento completa a síntese do processo, iniciada aquando do começo deste. O processo corresponde a este conjunto de documentos, não existindo, como no sistema português, o processo-arquivo. Razão por que o *trial booklet and case summary* pode ter uma quantidade assinalável de volumes.

É ainda necessário que cada parte apresente, até quatro dias antes da data fixada para a audiência de pré-julgamento, um questionário pré-julgamento (*pre-trial questionnaire*), constante de um formulário predefinido.

O formulário está dividido em três partes.

Na primeira parte, dedicada aos atos anteriores ao julgamento, a parte deve indicar, de forma necessariamente sucinta (em muitos casos apenas com uma resposta afirmativa ou negativa), as peças processuais e os elementos de prova convocados, nomeadamente para se saber o que já foi ou não apresentado.

Caso alguns elementos ainda não tenham sido apresentados, a parte deve indicar as razões para tanto; razões que, mediante invocação de fundamento atendível, devem poder constituir justificação para tal falta.

A segunda parte diz respeito ao julgamento. A parte tem de indicar a duração estimada do julgamento, ou seja, dar a indicação ao tribunal quanto ao número de dias de que necessitará para apresentar o caso e a prova.

Numa sessão de julgamento a que tivemos a oportunidade de assistir, depois das alegações de uma das partes, a juíza questionou o outro *barrister* relativamente ao tempo de que necessitava para fazer as suas alegações. Este respondeu com elevado nível de certeza, indicando que necessitaria de um dia e meio de audiência para esse efeito.

Foi também possível observar que, em regra, estes tempos são cumpridos, intervindo o juiz caso assim não seja.

Deve ainda ser incluída neste documento uma cronologia dos factos que vão ser referidos nas alegações, bem como se essa cronologia foi ou não acordada entre as partes, sendo que, no caso disso não tiver sido feito, devem ser explicitadas as razões para tal. Nesse documento deve ser incluída também uma lista dos factos controvertidos (acordados entre as partes ou assim entendidos pela parte que apresenta o documento, sempre e quando não ter sido possível chegar a acordo).

A terceira parte inclui uma série de questões sobre peritos ou outras testemunhas.

A parte tem, aí, de indicar:

- (i) o número de testemunhas a apresentar, especificando as que intervmem como peritos;
- (ii) se houve notificação recíproca dos relatórios das testemunhas-perito apresentadas por cada uma delas e, em caso de resposta negativa, a razão;
- (iii) necessidades especiais (nomeadamente técnicas) para a prestação de depoimento pela testemunha-perito;
- (iv) se existe necessidade de intérprete para a prestação de depoimento por parte de qualquer testemunha.

Na prática, o depoimento das testemunhas é feito essencialmente por escrito, tendo especial relevância, no caso de não haver acordo entre as partes

quanto aos factos (ou a alguns dos factos) constantes dos depoimentos, o contra-interrogatório (*cross-examination*).

Tivemos a oportunidade de assistir a um contra-interrogatório (*cross-examination*) e foi possível notar que, neste particular momento processual, a intervenção do juiz é muito limitada, tendo os *barristers* ampla liberdade quanto à forma como se dirigem à testemunha (o que fazem, em alguns casos, de forma bastante assertiva).

Esta posição do juiz no momento da produção de prova contrasta com a sua significativa intervenção aquando das alegações das partes.

Neste último momento, o juiz questiona diretamente as partes sobre os factos e os argumentos apresentados, procurando identificar e compreender, nessa fase, as questões relevantes que são suscitadas.

Os *solicitors* com quem falámos salientaram que, sem prejuízo da importância da gestão processual por parte do juiz, a existência de algumas regras processuais pode ser importante para moldar o processo, permitindo que os mandatários das partes saibam como este vai decorrer.

Esta visão tem de ser contextualizada no âmbito do sistema irlandês, em que, tal como na generalidade dos sistemas de *common law*, há um número limitado de regras processuais.

Nesta matéria, o caminho desejado parece ir no sentido de algum equilíbrio.

Defende-se a importância da existência de regras de modo a que o processo possa decorrer de forma célere. Essas regras devem, contudo, ser flexíveis, devendo o juiz poder colocar um travão a tudo aquilo que servir para atrasar o processo.

Uma diligência que possa ter como consequência atrasar significativamente o processo só deve ser aceite se as vantagens para as partes, ou para uma das partes, o justificarem.

A apresentação dos meios de prova antes do julgamento, nomeadamente os depoimentos escritos de testemunhas e peritos, é considerada uma vantagem, uma vez que aumenta a possibilidade de acordo. Não existem surpresas guardadas pelas partes, quanto a elementos de prova, que possam prejudicar as garantias de defesa de uma das partes. A intervenção do juiz também se revela importante no sentido de evitar estas situações.

A circunstância de as testemunhas deporem por escrito, num momento prévio, também é assinalada como positiva, integrando-se desde logo esse elemento de prova no processo, sem prejuízo de contra-interrogatório posterior. O contra-interrogatório incide, aliás, no testemunho escrito, sendo eficaz na medida em que se encontra balizado pela declaração escrita.

A prova pericial não se afasta, significativamente, deste cenário, sendo essencialmente apresentada pelas partes.

Os peritos devem chegar a um entendimento em relação aos pontos em que estão e não estão de acordo.

Esta é uma tarefa dos peritos e das partes. Destas últimas na medida em que devem assegurar que os peritos trabalham em conjunto com o objetivo indicado, e não do tribunal, que se limita depois, face aos meios de prova (eventualmente) apresentados, a decidir quanto aos pontos em relação aos quais não estão de acordo.

9.2. *Amtsgericht Dippoldiswalde e Landgericht Dresden*

O *Amtsgericht* Dippoldiswalde tem, em matéria cível, competência para decidir os litígios de menor valor (de montante igual ou inferior a cinco mil euros), bem como outras questões (designadamente as relacionadas com o arrendamento de casas de habitação, com questões familiares e registrais e insolvências, independentemente do valor da causa).

O *Landgericht* Dresden tem competência, em matéria cível, para julgar, em primeira instância, os processos de valor superior a cinco mil euros e para decidir os recursos interpostos dos *Amtsgerichte* situados na sua jurisdição (quando esteja em causa valor superior a 600 euros).

Nos processos em que se formule um pedido de indemnização e em que o valor dos danos seja controvertido entre as partes, o juiz tem ampla liberdade para decidir quais os elementos de prova necessários, podendo também fixar livremente o valor dos danos, tendo em conta a sua avaliação dos meios de prova utilizados.

Em duas das audiências a que assistimos, no *Amtsgericht* e no *Landgericht*, as partes e os advogados levantaram-se, aproximando-se, no primeiro caso, do juiz e, no segundo, dos juízes (por se tratar de tribunal coletivo), tendo-se desenvolvido entre todos um debate, como se se tratasse de uma reunião,

sobre elementos de prova (fotografias, em ambos os casos). Mantendo sempre o respeito mútuo, juízes, mandatários e partes foram dando a sua opinião sobre as questões em causa, sem que a intervenção de cada um obedecesse a uma ordem predefinida.

No que respeita à produção de prova testemunhal, é raro que o depoimento assuma a forma escrita. Tal só é admitido em situações excepcionais, pelo que, em regra, as testemunhas depõem oralmente.

O juiz tem, por outro lado, a faculdade de dispensar testemunhas, se entender que o seu depoimento (já) não é necessário para a decisão da causa.

Tivemos a oportunidade de assistir ao depoimento de uma testemunha, num processo a decorrer em primeira instância no *Landgericht*. A juíza começou por conduzir o depoimento, tendo colocado várias questões à testemunha. Durante o período em que isso aconteceu, apenas se verificou uma intervenção de um dos advogados, suscitando uma questão, rapidamente respondida. As respostas do depoente à inquirição realizada pela juíza não são gravadas, antes esta resumindo, depois, o depoimento para o gravador, ao que se segue a aprovação do teor do resumo pela testemunha.

De realçar ainda que as testemunhas apenas prestam juramento se o tribunal o considerar essencial e as partes dele não prescindirem, sendo que, nesse caso, o mesmo terá lugar após o depoimento.

Se entender que tanto é útil para a decisão, o juiz pode ordenar a produção de prova pericial ou por inspeção, ainda que as partes não o tenham requerido.

Capítulo 10

Síntese conclusiva

A racionalidade e a eficiência dos atos de instrução do processo podem ser consideravelmente potenciadas por uma adequada e atempada organização dos elementos de prova.

A prática observada no tribunal irlandês visitado comprova a importância da adoção de medidas nesse sentido.

São exemplos de tais medidas as sínteses do processo elaboradas na fase inicial e na fase intermédia, bem como os questionários, realizados antes do julgamento, com o objetivo de fazer o “ponto da situação” do processo, nesse momento, e suprir, em tempo, eventuais incompletudes ou irregularidades.

Exemplo igualmente importante é a indicação, pelas partes, do tempo que pensam despendar em inquirição de testemunhas e o estrito respeito pelos períodos de tempo assim fixados.

10.1. Juiz competente

De acordo com o sistema jurídico português, só poderão intervir na decisão da matéria de facto os juízes que tenham assistido a todos os atos de instrução e discussão praticados na audiência final. Embora a legislação processual ainda preveja o tribunal coletivo, a regra atual é a da condução do julgamento apenas pelo juiz titular do processo. Assim, aquele que profere a sentença nem sempre é o mesmo juiz que acompanhou o processo desde o início – em comarcas em que há separação entre juiz da comarca e juiz de círculo, aquele tramita o processo e este faz o julgamento e profere a sentença.

No sistema jurídico italiano a fase instrutória decorre perante o juiz instrutor.

Segundo o direito alemão, os depoimentos podem, a título excepcional e se verificados os requisitos legais, ser prestados apenas perante um dos juízes que integram o tribunal coletivo ou perante outro tribunal.

10.2. Meios de prova admissíveis

Todos os sistemas jurídicos considerados reconhecem a prova testemunhal, pericial e documental como meios de prova admissíveis.

O ordenamento jurídico inglês confere ao juiz o poder de, nos termos legais, excluir a produção de meios de prova, mesmo se requeridos pelas partes e se em abstrato admissíveis – por exemplo, se o número de testemunhas for superior ao que considere razoável.

Nos sistemas italiano e alemão o juiz pode recusar a produção de prova que anteriormente havia admitido quando repute suficientes os elementos probatórios entretanto obtidos.

10.3. Prova testemunhal

10.3.1. Iniciativa

Segundo o direito português, o tribunal pode ordenar, a título oficioso, a produção da prova testemunhal.

Já no sistema alemão a prova testemunhal só poderá ser produzida na sequência de requerimento das partes.

10.3.2. Número de testemunhas

No sistema jurídico processual português encontra-se legalmente fixado um número máximo de testemunhas arroláveis, bem como um número máximo de testemunhas que podem depor por cada facto. Tais limites variam em função da forma de processo em causa.

O regime processual inglês não impõe um limite no que diz respeito ao número de testemunhas arroláveis.

Segundo o direito alemão não existe qualquer limite legal ao número de testemunhas apresentáveis pela parte, incumbindo ao tribunal decidir, em concreto, quanto a este aspeto.

10.3.3. Forma do depoimento escrito

De acordo com o sistema português, o depoimento testemunhal é prestado, por regra, de forma oral. As partes podem, porém, determinar, por acordo, que a inquirição das testemunhas será efetuada pelos seus mandatários no domicílio profissional de um destes, hipótese em que o depoimento será reduzido a escrito, em ata a ser entregue ao tribunal até ao encerramento da discussão em primeira instância. O tribunal conserva, contudo, a possibilidade de, por sua iniciativa ou na sequência de requerimento das partes, determinar a renovação oral do depoimento ou a prestação presencial de esclarecimentos. Quando se verifique dificuldade grave ou impossibilidade de comparência de uma testemunha em tribunal, este pode ainda autorizar que o depoimento seja prestado por escrito, se as partes com isso concordarem.

De acordo com o sistema inglês, a regra é a de que o depoimento será prestado por escrito. O depoimento deve ser prestado de forma articulada, nele se devendo explicitar quais os factos que resultam de conhecimento direto da testemunha e aqueles que decorrem de conhecimento indireto (com menção da fonte) ou de mera convicção. Em caso de impossibilidade de apresentação do depoimento escrito, deverá a parte oferecer um *witness summary*.

No sistema italiano o depoimento testemunhal é, por regra, prestado oralmente. Pode, contudo, ser prestado sob a forma escrita quando, havendo acordo entre as partes nesse sentido, o tribunal em concreto corrobore essa opção. O tribunal conserva, contudo, a faculdade de determinar a renovação oral do depoimento.

O direito alemão configura em termos bastante amplos os casos em que a prova testemunhal pode ser prestada por escrito, permitindo que tal decisão seja tomada tendo em consideração a testemunha concreta e o conteúdo do depoimento. Tal não obsta, contudo, à manutenção da possibilidade de posterior realização de depoimento oral.

10.3.4. Depoimento oral subsequente

Segundo o sistema inglês, os depoimentos prestados por escrito devem, salvas as exceções legalmente previstas, ser objeto de notificação entre as partes. Esses depoimentos devem ser prestados quanto a factos sobre os quais a testemunha pudesse depor oralmente e balizam (salvo autorização judicial em sentido diferente) o âmbito do depoimento oral no que respeita ao seu objeto.

10.3.5. Testemunha-perito

O sistema alemão reconhece a figura da testemunha-perito, aplicando-se-lhe as normas que respeitam à prova testemunhal.

No sistema inglês os peritos são ouvidos como testemunhas.

10.4. Prova pericial

10.4.1. Iniciativa

Nos sistemas português e alemão, a prova pericial pode decorrer de iniciativa oficiosa ou de requerimento das partes.

Segundo o sistema inglês, a produção de prova pericial deverá ter lugar apenas quando tal se revele razoavelmente necessário para a resolução do litígio.

No sistema italiano a perícia resulta de iniciativa oficiosa; qualquer das partes pode apresentar peritos com total autonomia em relação à outra parte e ao tribunal.

10.4.2. Critério de designação

Nos termos do legalmente previsto no sistema português, as perícias são por regra realizadas pelo estabelecimento, laboratório ou serviço oficial. Quando não seja possível ou conveniente a requisição, pelo tribunal, a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado, a perícia será realizada por perito, designado pelo tribunal de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria. As partes são ouvidas quanto ao perito a designar e, se houver acordo entre elas, será este o nomeado pelo tribunal. Só assim

não sucederá se o tribunal tiver fundadas razões para duvidar da idoneidade ou competência de tal perito. Idêntica salvaguarda se aplica quando a perícia colegial resulte de iniciativa das partes e haja acordo entre estas quanto aos peritos a designar. Na ausência de acordo, cada uma das partes designa um perito e o tribunal nomeia um terceiro.

A lei portuguesa e a lei alemã contemplam a possibilidade de as partes requererem a recusa de perito com base nos fundamentos que seriam invocáveis para obstar ao exercício de funções de juiz.

No ordenamento alemão, incumbe ao tribunal a designação de peritos, sendo que o perito designado deverá, por princípio, ser um de entre os constantes de lista oficial de peritos, se existente. O tribunal pode, contudo, solicitar que as partes designem uma ou mais pessoas para o exercício de tal função e, quando exista acordo entre as partes, o tribunal deve nomear o perito designado por aquelas, embora possa circunscrever o número de peritos.

O sistema inglês enfatiza a importância do grau de especialização e da natureza imparcial dos peritos.

No sistema italiano o tribunal deverá, por regra, designar como perito um de entre os constantes de uma lista de peritos. As partes podem requerer a recusa do perito designado pelo tribunal com base nos mesmos fundamentos que poderiam invocar para requerer a recusa de juiz.

10.4.3. Perícia singular ou colegial

Nos termos do ordenamento jurídico português, a perícia será colegial quando alguma das partes o requeira ou quando o juiz oficiosamente o determine, por entender que a perícia reveste especial complexidade ou exige conhecimento de matérias distintas.

A opção por perito único ou por perícia colegial depende, no regime inglês, da ponderação, em concreto, de vários aspetos, designadamente aqueles que têm que ver com o valor e a complexidade da causa, bem como dos reflexos que tal opção importa ao nível da economia processual.

No sistema alemão, incumbe, por regra, ao tribunal a opção pela perícia singular ou colegial, bem como proceder à designação dos peritos. Aquele pode, contudo, solicitar a colaboração das partes para indicação de perito.

10.4.4. Forma de reação contra a ausência de resposta ou falta de colaboração do perito

Segundo o sistema inglês, se o perito designado por uma das partes não responder às questões que lhe são dirigidas, tanto pode repercutir-se desfavoravelmente na posição processual da parte que o indicou, deixando esta de poder utilizar o relatório pericial enquanto meio de prova ou passando a recair sobre si a responsabilidade exclusiva pela remuneração de tal perito.

10.4.5. Tentativa de obtenção de acordo entre os peritos

O tribunal pode, no sistema inglês, procurar obter o acordo entre os peritos em reunião convocada para o efeito.

Tal é também a regra no *Commercial Court* de Dublin, só se discutindo posteriormente os pontos de discordância.

10.4.6. Dever de apresentação de relatório pericial

Ao invés de prever um dever geral de apresentação de relatório pelo perito, a lei alemã especifica os casos em que tal relatório deve ser apresentado, embora, na prática, a existência desse dever corresponda à generalidade dos casos. Quando tal dever exista, o perito pode recusar a sua apresentação, invocando os mesmos fundamentos que podem servir de fundamento à recusa de prestação de depoimento testemunhal. A apresentação de relatório constitui, no sistema português, um dever consagrado com carácter geral.

Nas ordens jurídicas portuguesa e alemã prevê-se que, a requerimento das partes ou por iniciativa do tribunal, possa ser solicitada a comparência dos peritos, em audiência, para prestação de esclarecimentos.

10.4.7. Prestação de depoimento oral

No sistema processual português não se preveem limites ao depoimento oral do perito.

No ordenamento inglês, o depoimento presencial dos peritos só terá lugar, na *small claims track* e na *fast track*, quando os interesses da justiça o determinem. As questões a colocar ao perito devem ser formuladas por escrito e (salvo anuência da parte contrária ou autorização do tribunal) uma única vez.

10.4.8. Segunda perícia

Ao invés do que acontece no ordenamento alemão, a ordem jurídica portuguesa impõe que na segunda perícia não possa intervir perito que tenha participado na primeira.

10.5. Depoimento de parte

10.5.1. Meio de prova principal ou subsidiário

No sistema alemão o depoimento de parte constitui um meio de prova subsidiário, pelo que só é admissível quando os demais meios de prova não se revelarem suficientes para prova dos factos ou não seja viável a prova por outra via. Se, admitido o depoimento de parte sobre determinados factos, sobrevierem novos meios de prova quanto aos mesmos factos, pode a produção daquele meio de prova ser suspensa ou afastada.

10.5.2. Iniciativa

De acordo com o previsto no sistema alemão, o depoimento de parte pode ser requerido pelas partes ou ordenado pelo tribunal. A iniciativa oficiosa pode ter lugar quando a produção deste tipo de prova se revele necessária para a formação da convicção do tribunal quanto a factos objeto da inquirição. Neste ordenamento as partes podem também ser ouvidas (mesmo quando o patrocínio judiciário seja obrigatório) fora do âmbito do depoimento de parte, quer por iniciativa do tribunal (para melhor se inteirar do estado do processo), quer quando a parte peça a palavra.

10.5.3. Factos objeto do depoimento

Nos sistemas português e italiano apenas se prevê o depoimento de parte quanto a factos desfavoráveis ao depoente e, no primeiro, permite-se que seja chamada a depor, quer a parte contrária quer a comparte.

No sistema inglês admite-se a possibilidade de a parte depor tanto quanto a factos que lhe são desfavoráveis, como quanto a factos que a beneficiam.

No ordenamento jurídico alemão o depoimento da parte contrária pode ser requerido quanto a factos cuja prova constitua ónus do requerente, bem

como (se para tanto houver acordo da contraparte) para depoimento pela parte requerente no sentido da demonstração de factos que lhe são favoráveis.

10.5.4. Consequências da não comparência

De acordo com o sistema italiano, a não comparência da parte à audiência marcada para prestação do depoimento ou a recusa em responder às questões formuladas pode (se não legitimamente justificada) conduzir a que o tribunal, conjugando tal circunstância com os demais meios de prova, considere admitidos os factos objeto de inquirição.

No sistema alemão tal omissão será objeto de livre apreciação pelo tribunal.

10.5.5. Força probatória

No sistema italiano, o depoimento de parte reveste força probatória plena se estiverem em causa direitos disponíveis.

O depoimento prestado deve, no ordenamento jurídico alemão, ser objeto de livre apreciação pelo tribunal.

10.6. Prova documental

10.6.1. Iniciativa

De acordo com os termos previstos no ordenamento jurídico português, o tribunal beneficia de amplos poderes oficiosos em matéria de prova documental, subordinando-se o seu exercício apenas à condição de que tais elementos se revelem necessários ao esclarecimento da verdade. O sistema alemão reconhece a iniciativa oficiosa do tribunal no âmbito da prova documental. Esta circunscreve-se, porém, aos documentos a que uma das partes tenha feito referência, bem como aos que estejam em poder de entidade oficial. O terceiro está dispensado de colaborar quando tal não se afigure possível ou razoável, bem como quando se verifique um dos fundamentos de recusa de prestação de depoimento testemunhal.

10.6.2. Momento de apresentação

Nos sistemas alemão e português prevê-se o oferecimento da prova documental em simultâneo com o articulado em que se invoquem os factos a provar por essa via.

10.6.3. Obtenção de documentos em poder de terceiro ou da parte contrária

Segundo as leis portuguesa e alemã, o tribunal notificará o terceiro ou a parte contrária para apresentação de documento se os factos a provar por intermédio deste tiverem interesse para a decisão da causa.

Nos termos do ordenamento jurídico alemão, o dever de colaboração da parte contrária só existirá quando tanto se revele importante para a decisão da causa.

Segundo a lei inglesa, cada uma das partes tem o dever de, na sequência de decisão judicial, disponibilizar à outra parte o conjunto de documentos de que disponha e que sejam relevantes para a decisão da causa. Tais documentos corresponderão, por princípio, aos enunciados na lei (*standard disclosure*), embora o dever em causa possa respeitar a documentos específicos (*specific disclosure*). A parte contrária pode proceder a consulta presencial ou extrair fotocópias de tais documentos.

Os terceiros à causa só estão vinculados a *disclosure* quanto a documentos especificamente identificados e quando isso se revele essencial para a justa decisão da causa ou poupança de custos.

No sistema italiano, o tribunal só deverá ordenar à parte contrária ou a terceiro a disponibilização de documentos sempre e quando tal seja indispensável, devendo, estando em causa terceiro, procurar conciliar os interesses deste com os da justiça.

10.6.4. Consequências da não colaboração

Segundo o previsto no ordenamento jurídico português, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa de colaboração, pela parte, para efeitos probatórios, podendo inverter o ónus da prova quando se verifiquem os requisitos legais para tanto. A recusa de colaboração pelas partes ou por terceiro constitui

fundamento de condenação no pagamento de multa, bem como de recurso aos meios coercitivos possíveis.

Nos termos do sistema inglês, a não colaboração da parte impede que esta se possa valer dos documentos em causa para efeitos probatórios, salvo autorização judicial em sentido diverso.

De acordo com a lei alemã, a não colaboração de uma das partes, quando requerida pela parte contrária, pode conduzir a que o tribunal venha a julgar provado o facto cuja demonstração se pretendia obter por via documental. O terceiro não colaborante pode ser objeto de condenação no pagamento de multa.

Nos termos do ordenamento jurídico português, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa de colaboração, pela parte, para efeitos probatórios, podendo inverter o ónus da prova quando se verificarem os requisitos legais para tanto. A recusa de colaboração pelas partes ou por terceiro constitui fundamento de condenação no pagamento de multa, bem como de recurso aos meios coercitivos possíveis.

10.6.5. Resumo da atividade probatória

De acordo com a lei italiana, o juiz deve promover a realização de um resumo escrito da atividade probatória e dos seus resultados.

No sistema inglês, e salvo decisão do tribunal em sentido diferente, o autor elabora um dossiê para a audiência de discussão e julgamento.

Este documento também se encontra previsto na tramitação processual observada junto do *Commercial Court* de Dublin.

Capítulo 10

Propostas de solução

Em termos gerais, as propostas relativas à produção de prova enquadram-se na tónica global da simplificação e flexibilização das regras processuais. Como acontece com todos os outros temas processuais, a produção de prova – porventura o momento mais decisivo do processo – está repleta de complexidade, rigidez e preciosismos processuais. As mudanças devem, pois, procurar um regime que incorpore as possibilidades atuais da obtenção do conhecimento e que, simultaneamente, modernize o modo de as partes demonstrarem ao juiz a sua versão da história, assim como de este se convencer da realidade provável dos acontecimentos passados.

Para além, portanto, de uma série de alterações relacionadas com os meios de prova já existentes, outras há que podem e devem ser exploradas.

Em primeiro lugar, a flexibilização prática quanto aos meios de prova admissíveis. Os meios de prova estão hoje elencados no Código Civil e no Código de Processo Civil (meios de prova de âmbito processual) e reconduzem-se a conceitos que não têm tido grande debate (com exceção do depoimento de parte quanto a factos favoráveis). No entanto, outros meios de prova, utilizados em processo penal (por exemplo, a reconstituição dos factos), podem ser objeto de discussão no processo civil. Parece-nos importante que se dote de efetividade prática a possibilidade de produção de outros meios de prova para além dos expressamente previstos na lei, desde que respeitados os requisitos previstos. Tendo em conta que o elenco dos meios de prova consta do Código Civil, esta opção implicaria a sua alteração.

Em termos processuais, apenas interessa se a prova é produzida por escrito ou oralmente, na medida em que, quanto à primeira, o essencial é fixar-se o momento da sua apresentação e, quanto à segunda, o modo da sua produção. Distinguir se a prova escrita é redigida por especialistas (peritos)

ou se a prova oral é produzida pelas partes, por terceiros ou por especialistas (peritos) deveria ser indiferente em termos de regime.

Idênticas críticas poderiam ser dirigidas aos valores probatórios legais (prova pleníssima, plena e bastante) e ao critério de distribuição do ónus da prova (unanimemente considerado insuficiente). Pensamos que é também matéria a ponderar numa revisão integral do sistema.

Apesar de a legislação processual prever o tribunal coletivo, a regra atual é a da condução do julgamento apenas pelo juiz titular do processo. Porém, em comarcas em que há separação entre juiz da comarca e juiz de círculo, aquele tramita o processo e este faz o julgamento e profere a sentença. Parece-nos aconselhável a alteração deste regime, de modo a que o juiz que acompanha o processo desde o início seja o mesmo que profere a sentença.

Muito há a fazer também em termos de gestão e controlo da produção de prova.

Hoje essa preparação está reduzida à factualidade assente e base instrutória, instrumentos rígidos e muito pouco eficientes. Muitas outras hipóteses de organização existem, a maior parte delas mais racionais, inteligíveis e eficientes. A propósito de cada meio de prova, exemplificaremos algumas dessas técnicas que nos parecem essenciais.

11.1. Resolução do problema dos adiamentos das audiências

Cada adiamento de audiência induz no processo um atraso de cerca de três meses. Trata-se, pois, de um elemento importante de demora que deve ser definitivamente resolvido. Viu-se nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que os adiamentos são a exceção, não dependendo nunca da vontade das partes. É certo que os interesses em conflito no processo civil são exclusivamente privados, pelo que a possibilidade de suspensão da instância é tão só um corolário do princípio dispositivo.

No entanto, hoje o bem Justiça é escasso, exigindo uma gestão eficiente. Não é legítimo, nem sustentável financeiramente, que as partes possam dispor do tempo do magistrado; se este passou algum tempo (dias ou horas) a preparar um julgamento, se reservou agenda para a sua realização, deixou de preparar outros processos ou reservar tempo de audiência para eles. E se as partes não chegarem a acordo no período de suspensão, terá de perder o mesmo tempo

em nova preparação. Há aqui um conflito claro entre os interesses privados das partes e o interesse público na boa administração da justiça. Não se deve pois admitir que as partes possam suspender a instância ou adiar o julgamento sem qualquer hipótese de intervenção do juiz.

As partes poderão sempre, é claro, chegar a acordo quanto ao litígio, apresentando a transação em tribunal para homologação e com isso pondo fim ao processo. Não se deve é admitir a suspensão do processo por mera iniciativa das partes. Esta restrição, embora esteja relacionada mais diretamente com a audiência de julgamento, deve ser alargada a todos os casos. A boa administração da justiça impõe um andamento célere dos processos, seja em que fase for – imprimindo-se um ritmo rápido a todas as fases processuais, a suspensão será sempre um desperdício de energia em processos subitamente suspensos.

Para além da proibição de suspensão por mera iniciativa das partes, outros mecanismos devem ser utilizados para controlar a produção de prova. Alguns instrumentos que desenvolveremos de seguida, como a limitação da produção de prova testemunhal, podem obviamente ser aplicados a todas as audiências, limitando-se também, por exemplo, o tempo de depoimento dos peritos ou das partes.

Outro resquício burocrático a eliminar devem ser os ditados para a ata. Atrasam o processo, perturbam o julgamento e o seu efeito útil é diminuto. Não se quer com isto, obviamente, impedir que as partes requeiram o que entenderem, mas devem fazê-lo em discurso oral que ou é gravado ou é resumido pelo juiz. Caso se trate de questão muito complexa, deve ser dado prazo para que seja apresentada por escrito, sem que isso signifique qualquer interrupção ou adiamento da audiência.

Um bom princípio no julgamento, e que observámos na Irlanda, é a gravação áudio de todos os atos que têm lugar em qualquer audiência oral, seja processual, seja de produção de prova. Confere rapidez e segurança ao processo.

Independentemente das opções que se escolham para a produção de prova, as partes devem estar cientes de que o tempo do tribunal é um bem escasso e o tribunal deve estar ciente de que as partes têm direito a apresentar devidamente o seu caso e a sua defesa. O equilíbrio entre estes dois interesses não será difícil, desde que haja consciência mútua das limitações, dos direitos e das expectativas.

11.2. Alteração integral do modo de produção da prova pericial

Um dos problemas identificados no presente estudo prende-se com a excessiva duração da prova pericial: um processo com realização de prova pericial prolonga, em média, em mais 220 dias um processo, quando comparado com outro em que tal prova não é produzida.

Para além da sua excessiva duração, verificou-se também que o modo de realização da prova pericial nem sempre garante a sua eficácia, tendo também os entrevistados revelado alguma insatisfação quanto ao resultado e utilidade de tal meio de prova.

A tramitação atual da prova pericial revela-se, assim e em simultâneo, burocratizada e inoperante, importando lentidão para o processo, sem que tal seja compensado por resultados materiais satisfatórios.

Manifesta-se necessária, nessa medida, a alteração integral do modo de produção de prova pericial, não só para o tornar mais expedito, como também para que este meio de prova se torne efetivamente útil.

O modelo de produção da prova pericial no direito português centra-se na figura do perito único independente. Estabelece-se, como regra geral, a peritagem realizada por organismo oficial e, subsidiariamente, por perito nomeado pelo tribunal. Caso, porém, as partes o pretendam, a perícia é colegial, nomeando cada uma delas um perito e o tribunal, um terceiro. O sistema estrutura-se, pois, por referência à ideia de que a forma de designação dos peritos é a primeira garantia da sua independência.

A regra geral da realização da perícia por estabelecimento oficial é tributária de uma certa ideia de que os organismos públicos garantem, em maior grau, a independência e competência, o que não só pressupõe (ou reflete) uma desconfiança (própria da fase histórica de consagração da norma) em relação aos privados, como traduz uma intervenção pública em litígios privados que não tem, nos tempos modernos, justificação suficiente. O mesmo se diga relativamente a listas fechadas de peritos, na medida em que introduzem rigidez e ineficiência.

O modelo de *common law* assenta no postulado oposto: a prova pericial (como, de resto, todas as provas) é da responsabilidade das partes, pelo que são estas a apresentar os peritos e as respetivas conclusões. Com este pano de fundo, das regras mais recentes sobre esta matéria decorrem soluções promotoras de eficiência, como reuniões entre os peritos das partes para que

estes identifiquem os pontos de acordo e de desacordo e resumam as razões deste, quando subsistente.

No atual contexto, o modelo cuja adoção no ordenamento jurídico português se revela mais aconselhável é aquele que primar por uma ampla flexibilidade processual, contemplando diversas possibilidades de realização de prova pericial. Tais formas seriam, em concreto, objeto de discussão entre as partes e o juiz, podendo então optar-se pela modalidade de realização que se revelasse mais adequada, consoante o entendimento do juiz sobre o caso e o investimento que as partes nele pretendam realizar.

Nada impede, contudo, que, em casos complexos, as partes apresentem perícias da sua iniciativa e o juiz determine, em simultâneo, a realização de uma perícia por perito único, ordenando, no final, uma reunião de peritos no sentido de se obter uma conclusão conjunta ou de se explicitar as razões da manutenção de pontos de discordância.

11.3. Alterações ao regime da prova testemunhal

11.3.1. Tempo limitado de inquirição

O momento de produção da prova testemunhal coincide, no sistema jurídico português, com as sessões de julgamento. Estas têm sido objeto de diversas críticas, em especial pelo tempo que demoram e pela escassa produtividade. O tempo aplicado na inquirição de testemunhas é proporcionalmente inferior ao efeito útil que dele se retira para o processo. Há, pois, um problema de produtividade que pode ser resolvido, ou minorado, mediante recurso a algumas das técnicas adotadas noutros ordenamentos jurídicos.

Um instrumento muito convocado noutros sistemas processuais, e de aconselhável introdução entre nós, em sede de produção de prova testemunhal (e em geral nas audiências), respeita à limitação do tempo de inquirição. Atribui-se, a cada uma das partes, um número de sessões ou horas, incumbindo àquelas proceder à sua gestão em função, designadamente, do número de testemunhas que pretendem apresentar. O tempo, se fixado em horas, é rigorosamente cronometrado, não se permitindo em caso algum extensões do acordado. Isso faz com que os advogados disciplinem as suas inquirições e instâncias, impedindo uma extensão desmesurada dos julgamentos e o

incumprimento dos tempos das sessões inicialmente agendadas. Como se retira dos dados econométricos analisados, cada adiamento de julgamento induz cerca de três meses de atraso no processo (três meses em que nada acontece no processo). Esta gestão do tempo impede ou diminui consideravelmente a possibilidade de ser necessária a marcação de sessões para além das inicialmente agendadas. Essencial para o sucesso e adequação desta medida é que ela seja determinada em conjunto com os advogados – serão estes quem melhor conhecerá o tempo necessário para a inquirição e instância de cada testemunha que pretendem apresentar.

11.3.2. Depoimento escrito

Parece-nos fazer sentido a extensão do depoimento por escrito a todos os casos e até, eventualmente, transformá-lo em regra. Tanto significa a generalização da regra já prevista no Regime Processual Experimental e que é conhecida de diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. O depoimento escrito permite, não só poupar a inquirição presencial da testemunha, como, caso esta deponha, diminuir consideravelmente o tempo da sua presença em tribunal, na medida em que o testemunho se concentra apenas nos factos controvertidos.

Esta solução conhece oposição teórica e prática de alguns utilizadores do sistema por entenderem que é mais fácil, desta forma, defraudar o tribunal. Este efeito não é, porém, confirmado pela experiência desenvolvida nos sistemas jurídicos analisados: pelo contrário, a necessidade de escrever e assinar o depoimento tem contribuído para a diminuição da probabilidade de falsidade. Mais: o depoimento escrito pode sempre ser seguido de interrogatório oral caso o juiz assim o ordene ou a parte contrária o requeira – o que ainda assim o limita ao contra-interrogatório, permitindo a disciplina da audiência.

Acresce ainda que este modelo tem a vantagem de permitir às partes a devida preparação das inquirições, garantindo assim melhor o direito de defesa e o contraditório.

Os depoimentos escritos podem também assumir, no que se refere ao seu teor, uma modalidade diferente, consistindo apenas num resumo daquilo que as testemunhas a apresentar virão dizer, o que serve para que o juiz aprecie da sua utilidade e preveja o tempo de inquirição.

11.3.3. Dispensa de testemunhas

Uma outra regra adotada, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão, é a possibilidade de o juiz recusar a audição de mais testemunhas, caso se considere satisfeito com a prova produzida. Esta possibilidade foi, em certos termos, consagrada no Regime Processual Experimental, embora segundo um critério restrito e controverso, já que apenas se refere aos factos assentes ou irrelevantes. Trata-se de um poder do juiz que tem de ser utilizado com especial cautela, pois pode conflitar com o direito à prova, direito integrador do princípio constitucionalmente consagrado do processo equitativo.

No sistema alemão, tal medida justifica-se ainda pelo facto de as sessões de julgamento irem correndo em função daquilo que o juiz vai ouvindo e, portanto, só há continuidade de audição de testemunhas caso este o entenda necessário.

Num modelo como o português, de concentração de julgamento, esta possibilidade não será tão relevante e comporta alguns riscos – será sempre preferível a limitação do tempo de produção de prova. No entanto, importa referir esta possibilidade de recusa como uma manifestação de gestão processual. Na primeira audiência processual, o juiz poderá assim pedir às partes que indique sobre que matéria cada testemunha vai depor, determinando com elas as que vão ser efetivamente ouvidas ou por que ordem. Esta medida gera, potencialmente, benefícios importantes, tendo sido, de resto, sugerida no contexto das entrevistas realizadas.

Repare-se que, com a extinção da base instrutória proposta neste estudo, cai necessariamente a regra de limitação do número de testemunhas por facto, pelo que é necessário encontrar mecanismos de controlo da produção de prova. Estes que se propõem – depoimentos escritos, resumos dos depoimentos, limitação do tempo de produção e dispensa de testemunhas – são técnicas de gestão, de eficácia e de produtividade que devem ser utilizadas pelo juiz em prol da boa administração da justiça.

11.3.4. Meios tecnológicos

Importa considerar o relevo da ampliação de mecanismos de audição das testemunhas, quando se pretende o seu depoimento oral. Hoje está difundida a videoconferência, mas tal meio não só continua a ser muito formal, como,

por diversas vezes, não se consegue realizar nas datas pretendidas. Há também muitas queixas quanto às condições tecnológicas da sua produção. Foi, seguramente, uma boa ideia a seu tempo, mas afigura-se chegado o momento de alargar o modo de ouvir testemunhas, mediante aproveitamento dos diversos meios tecnológicos à disposição. Não se vislumbram razões sérias, designadamente relacionadas com a preservação de garantias processuais, suscetíveis de impedir a realização de inquirições de testemunhas através de programas informáticos facilmente acessíveis por todos (como o *skype* ou equivalentes), não se revelando também indispensável a presença da testemunha num outro tribunal. A existência de dúvidas quanto à identidade da testemunha, poderá ser suprida mediante intervenção de um profissional especialmente credenciado (notário, advogado, agente de execução) para atestar essa identidade.

11.3.5. Modo de notificação dos depoentes

Outras alterações, aparentemente menos relevantes, mas de grande interesse prático, podem ainda ser pensadas a propósito da prova testemunhal, como por exemplo a alteração da regra geral da notificação das testemunhas, passando estas a ser, por princípio, apresentadas pelas partes.

11.4. Alterações ao regime da prova documental

11.4.1. Gestão e controlo da prova documental

A prova documental não assume, em Portugal, os contornos problemáticos identificados nos sistemas de *common law*, onde a *discovery* conduz a que sejam juntos ao processo centenas ou mesmo milhares de documentos de relevância duvidosa. No entanto, alguns mecanismos utilizados por esses sistemas podem ter interesse para a gestão da prova documental, trazendo maior eficácia ao processo, com isso se melhorando os índices de produtividade de todos os intervenientes.

A principal razão do relevo da gestão da prova documental prende-se com a necessidade de guiar o juiz por entre o muito “papel” que pode existir num processo. É, nesta medida, um problema cuja importância aflora sobremaneira em processos mais complexos.

Para este fim, deverá o juiz poder pedir às partes que apresentem, até dois ou três dias antes do julgamento, dossiês com os documentos mais importantes ou aqueles que serão necessários para mostrar às testemunhas. Estes dossiês podem ser feitos por acordo entre as partes, o que, permitindo que todos (advogados e juiz) tenham um único “processo” no momento do julgamento, facilita grandemente a compreensão do processo e a celeridade do próprio julgamento.

Igualmente simplificadora é a medida, de gestão documental, que se traduz na numeração única dos documentos, que não em função da peça processual, ou do requerimento em que são apresentados. A numeração sequencial pode ser acompanhada de uma letra relativa a cada parte (por exemplo, A para o autor e C para o réu, como é regra nas arbitragens internacionais), o que pode ter grande utilidade, permitindo saber-se imediatamente quem juntou o documento. Explicitando: se na petição inicial são juntos dez documentos, o primeiro documento de outra peça processual (a contestação, por exemplo) terá o número 11-C (e não 1) e assim por diante. Esse critério melhora o tratamento do processo e a identificação dos documentos a que juiz e advogados se referem, ganhando-se em produtividade.

11.4.2. Prova eletrónica

Hoje a prova por documentos electrónicos é abundante – nele incluímos os *e-mails*, as mensagens escritas de telemóveis (*sms*), as páginas da Internet, desde *sites* a páginas pessoais (*blogs, facebook, twitters*, etc.). Tudo isto é hoje uma realidade totalmente alargada que assumiu uma importância fulcral. As regras do Código Civil não previram esta possibilidade, como é natural, tendo em conta a sua idade. A posterior regulamentação dos documentos electrónicos não é facilmente compatível com a mudança constante nestas áreas. O princípio da assinatura (manuscrita para o CC) não faz hoje muito sentido e deve ser repensado.

Propõe-se, pois, a alteração do Código Civil com a incorporação de normas claras destinadas à prova electrónica, não só relativamente à sua admissibilidade, mas também tendo em conta o seu especial modo de impugnação.

11.4.3. Junção dos documentos

Um aspeto muito discutido e relevante na prática refere-se ao momento da apresentação dos documentos.

Quanto a este ponto, afigura-se aconselhável a manutenção da regra da sua junção com as peças iniciais. No entanto, a extinção do ónus de preclusão implica, naturalmente, que se possam juntar posteriormente mais documentos, tornados relevantes pela alegação de novos factos. Mas esta junção, assim como a alegação de novos factos, deve ser controlada pelo juiz, que deve ter o poder de, em cada caso, aceitar ou não o documento, aferindo da sua relevância para os autos.

Sempre que a parte pretenda juntar um documento, deve ser-lhe perguntado por que razão o pretende fazer e, caso se afigure inútil, o pedido deve ser indeferido.

Deve ainda eliminar-se a regra que permite adiamentos da audiência em virtude da junção de novos documentos, garantindo-se o contraditório através de outros mecanismos.

Pode permitir-se, contudo, a nova apresentação de testemunhas caso o documento altere factos importantes e seja, portanto, essencial para o cumprimento do princípio do contraditório.

11.5. Alteração do regime da prova por depoimento de parte

O regime do depoimento de parte deve ser alterado de modo a permitir a prova de factos favoráveis ao depoente.

A este meio de prova devem aplicar-se, com as devidas adaptações, os princípios acima expostos relativamente à prova testemunhal.

Redatora principal

SILVA, Lucinda Dias da
É Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desde 1999, na área de Ciências Jurídico-Processuais e do Direito Civil. Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutoranda, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Ciências Jurídico-Processuais. Interveniente, como oradora, em diversos Cursos de especialização, de Pós-Graduação e Mestrado e em conferências no âmbito do Direito Processual.

Fundação Francisco Manuel dos Santos

Estudos da Fundação

Justiça Económica em Portugal

- I. O Sistema Judiciário
 - II. Factos e Números
 - III. Síntese e Propostas
-
1. Novo Modelo Processual
 2. Gestão Processual e Oralidade
 3. Prova
 4. Citação
 5. Recuperação do IVA
 6. Resolução Alternativa de Litígios

Coordenador do Programa Justiça e Direito: Nuno Garoupa

Outros estudos da Fundação

Desigualdade Económica em Portugal

Coordenador: Carlos Farinha Rodrigues

2012

Avaliações de Impacto Legislativo: Drogas e Propinas

Coordenador: Ricardo Gonçalves

2012

Publicado em duas versões: estudo completo e versão resumida

Segredo de Justiça

Autor: Fernando Gascón Inchausti

2013

Informação e Saúde

Autor: Rita Espanha

2013

O Cadastro e a Propriedade Rústica em Portugal

Coordenador: Rodrigo Sarmiento de Beires

2013

Escolas para o séc. XXI

Autor: Alexandre Homem Cristo

2013

Processos de Envelhecimento em Portugal: usos do tempo, redes sociais e condições de vida

Coordenador: Manuel Villaverde Cabral

2013

Director de Publicações: António Araújo

Conheça todos os projectos da Fundação em www.ffms.pt

A prova é o ponto cardinal que determina que factos são considerados verdadeiros em processo judicial, razão pela qual constitui um vetor decisivo para o sucesso ou insucesso de uma ação.

Procede-se nesta obra a uma apreciação detalhada dos princípios e regras processuais aplicáveis à produção de prova. Analisa-se assim a prova testemunhal, o depoimento de parte, a prova documental e a prova pericial.

Para além de se apresentarem propostas no sentido de se resolver o problema dos adiamentos das audiências, colocamos à discussão soluções para modernizar o regime jurídico dos vários meios de prova previstos na nossa legislação.

