

O regime da exibição instrutória – um sistema baseado no princípio «*nemo tenetur edere contra se...*» moderado, na proibição de «prova-exploratória», e nas regras do ónus da prova

*Fernando Silva Pereira*¹

Índice: I. Introdução. II. Breve descrição do regime. III. Os requisitos do dever de exibição. III, 1. Identificação do concreto documento «ad exhibendum» e especificação dos factos que com ele se pretende provar. III, 2. Situação de necessidade probatória. III, 3. Outros casos de não exigibilidade. IV. Conclusão.

I. Introdução

O presente artigo tem por objeto o regime da exibição instrutória, com base legal, em especial, nos artigos 429.º e ss. do Código de Processo Civil (CPC). Trata-se do dever de as partes, ou terceiros, exibirem documentos (ou outras coisas²) que tenham em seu poder³, a requerimento de uma parte, ou por iniciativa oficiosa do tribunal. Deve também referir-se a norma do artigo 417.º CPC, que consagra um dever geral de colaboração em matéria instrutória, sendo uma das manifestações

¹ Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP.

² O regime dos artigos 429.º e ss. CPC refere-se apenas à exibição de documentos, mas o dever de exibição pode ter por objeto outras coisas. Um tal dever pode resultar da aplicação da norma, geral, do artigo 417.º, n.º 1 CPC. Quanto à noção de documento, cf. artigo 362.º do Código Civil (CC). Já a palavra exibição é aqui utilizada desprovida de um sentido técnico-jurídico, sendo sinónimo de “mostrar” (nesse sentido, LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le Prove Civili*, 3.ª ed., Torino: UTET, 2010, pág. 750, nota 8). Do que se trata – nota o autor italiano – é de adquirir processualmente uma prova (na sua entidade material ou corpórea), permitindo a sua utilização plena e estável no curso do processo, por qualquer sujeito processual, graças ao *vínculo de indisponibilidade temporânea*, que, embora com eficácia meramente relativa, resulta do princípio da aquisição.

³ Exige-se que o requerido tenha a posse ou (mera) detenção material da coisa ou documento. Não se exige, portanto, a verificação de uma situação possessória, nos termos da norma do artigo 1251.º CC.

(típicas) do princípio da cooperação (artigo 7.º, n.º 1 CPC) – tributário este, por sua vez, do princípio da boa fé processual⁴. A norma do artigo 417.º é importante para determinar o regime da exibição instrutória, prevendo-se no n.º 2 as consequências da falta de colaboração (para ele remetendo a norma do artigo 430.º CPC⁵), e estabelecendo-se no n.º 3 causas de recusa legítima em colaborar⁶. Não pretendemos, no entanto, abordar todos os aspetos do regime da exibição, em

⁴ Neste sentido, MARIANA FRANÇA GOUVEIA (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, «Os poderes do juiz cível na acção declarativa – em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão», *Julgar* – N.º 1 – 2007, págs. 47-65, pág. 54). Se entendermos o instituto da litigância de má fé, e o reforço das exigências que recaem sobre as partes, em prol da verdade material – nota a autora –, teremos de interpretar as respetivas regras como autoritárias, já que obrigam as partes, sob pena de sanção tributária, a atuar em prol dessa verdade e não do seu direito ou do seu interesse. Mas, pode antes pensar-se esse reforço numa lógica de interpretação material dos preceitos processuais, ou seja, ver-se aqui a tradução do princípio da boa fé, princípio transversal ao nosso ordenamento jurídico, quer público, quer privado. Sobre o princípio da boa fé processual (artigo 8.º CPC), veja-se, por todos, JOAN PICÓ I JUNOY, *El Principio de la Buena Fe Procesal*, Barcelona: Bosch, 2003.

Segundo ERWAN LE GALL (ERWAN LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties a la manifestation de la verite dans les litiges prives. Remarques sur l'adage nemo tenetur edere contra se*, Thèse pour le Doctorat en Droit, présentée et soutenue le 20 mars 1967, págs. 30 e ss.) o vínculo jurídico processual assume-se como o suporte técnico de uma exigência de verdade no processo. A extensão deste dever de sinceridade depende da largura dada ao princípio da boa fé processual. No mesmo sentido, de que o dever de colaboração, que impende sobre as partes, encontra apoio no «vínculo da instância», pode ver-se, na doutrina francesa, entre outros: CATHERINE MARRAUD, «Le droit a la preuve, la production forcée des preuves en justice», (Décrets n.º 71-740 du 9 septembre 1971, n.º 72-684 du 20 juillet 1972 et n.º 72-788 du 28 août 1972), *Semaine juridique*, 1973, I, n.º 2572, pp. 39-50; EMMANUEL JEULAND, *Droit processuel général*, 4.ª ed., LG.D.J., 2018, págs. 69 e ss. Na doutrina italiana, vendo no princípio da boa fé o fundamento da norma do artigo 88.º CPC it., veja-se, por ex., *Codice di Procedura Civile* anotado a cura di NICOLA PICARDI (cfr. *Codice di Procedura Civile* a cura di NICOLA PICARDI, Tomo I (Artt. 1-473), V Edizione, com il coordinamento di FRANCESCO PAOLO NICITA e BRUNO SASSANI, redazione ANDREA PANZAROLA, Giuffrè Editore, 2010, pág. 620): “L'obbligo imposto dall'art. 88 in esame trae origine dalla necessità del rispetto della buona fede anche nell'ambito delle attività processuali (CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, 222; CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, 29-33) (...)”, EDUARDO GRASSO, “La collaborazione nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, 580-609. No mesmo sentido, em Espanha, por ex., JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT e GUADALUPE BUITRÓN RAMÍREZ, *La Prueba Civil: doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, págs. 393 e ss.

⁵ A norma diz respeito às consequências da falta de exibição, pelas partes. Nos termos do artigo 417.º, n.º 2 CPC, aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do CC. Acresce a possibilidade de as mesmas serem condenadas como litigantes de má fé, nos termos do regime previsto nos artigos 542.º e 543.º CPC Quanto às consequências da falta de exibição por terceiros, cf. artigos 433.º e 434.º CPC.

⁶ A esta norma nos referiremos novamente, mais adiante.

particular, as consequências da recusa (injustificada) de exhibir, matéria que nos parece merecedora de um estudo autónomo.

Trata-se de uma figura, esta da exibição instrutória, que tem como antecedente histórico a chamada «*actio ad exhibendum*», uma ação destinada a obter a exibição de uma coisa ou documento, pressupondo a existência de um direito material à exibição. Entre nós, as normas dos artigos 1045.º e ss. CPC regulam um processo de jurisdição voluntária para a exibição de coisas/documentos, remetendo para as normas dos artigos 574.º e 575.º do Código Civil (CC)⁷. A processualização da figura da «exibição» fez-se à custa do corte com aquele fundamento (o fundamento material do dever de exibição), através da assunção de um fundamento próprio de direito processual⁸.

Este fundamento – já o antecipamos – encontra-se na configuração da relação processual assente nas bases do princípio da boa fé (princípio geral de direito civil, que se projeta, sem alteração da sua natureza, no campo do processo civil). Assim, e no que a uma perspetiva isométrica diz respeito, entendemos, tendo este princípio como trave-mestra, que o dever de exibição se relaciona com a

⁷ De acordo com o artigo 574.º, n.º 1 CC: «Ao que invoca um direito, pessoal ou real, ainda que condicional ou a prazo, relativo a certa coisa, móvel ou imóvel, é lícito exigir do possuidor ou detentor a apresentação da coisa, desde que o exame seja necessário para apurar a existência ou o conteúdo do direito e o demandado não tenha motivos para fundadamente se opor à diligência». E no n.º 2 lê-se: «Quando aquele de quem se exige a apresentação da coisa a detiver em nome de outrem, deve avisar a pessoa em cujo nome a detém, logo que seja exigida a apresentação, a fim de ela, se quiser, os meios de defesa que no caso couberem». O artigo 575.º CC acrescenta que as disposições daquele artigo são, com as necessárias adaptações, extensivas aos documentos, desde que o requerente tenha um interesse jurídico atendível no exame deles.

⁸ Mas, este corte não é igual em todos os sistemas jurídicos. No sistema alemão, com efeito, onde esta matéria se encontra regulada nos parágrafos 142 e 422 e ss. ZPO, a lei do processo mantém a referência ao «direito substantivo à exibição», prevendo que uma parte pode obter a exibição de documentos em posse da outra, quando esta tenha feito referência ao documento, ou quando o requerente tenha um direito material à exibição. Pode ler-se nos §§ 422 e 423: : «*Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann*»; «*Der Gegner ist auch zur Vorlegung der in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf die er im Prozess zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn es nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen ist*».

garantia do “direito à prova”, e, deste forma, com a salvaguarda do direito a uma tutela jurisdicional efetiva⁹.

Já do ponto de vista do relacionamento das partes com o tribunal, atendendo-se, portanto, aos poderes de produção oficiosa de prova (v. por todos, o artigo 411.º CPC), cremos que este dever – e, em geral, os deveres de colaboração em matéria probatória – constituem o reverso da medalha do poder instrutório do tribunal¹⁰. As partes, tal como os terceiros, são sujeitos passivos de um dever de colaboração com a administração da justiça, devendo, dentro dos limites da lei, praticar os atos, ou submeter-se às diligências ordenadas pelo tribunal¹¹.

Interessa-nos olhar, em particular, para o dever de exibição que recai sobre as partes. Com efeito, a análise do regime da exibição instrutória permite-nos verificar que o nosso sistema jurídico, inserido na família de Direito romano-germânica, se encontra ligado a um princípio tradicional traduzido no brocardo «*nemo tenetur edere contra se...*» (ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo). É certo que, no sistema atual, as partes podem ser obrigadas a fazer prova contra si mesmas. No entanto, não existe um dever de exibição tão extenso como acontece noutros sistemas jurídicos, de raiz anglo-saxónica, em particular não existe um dever de exibição espontânea de documentos, como se verifica, por ex., em Inglaterra e nos EUA, através do instituto da «*discovery*» ou «*disclosure*»¹².

⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, pode ver-se FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade das partes no atual modelo processual*, Almedina, 2017, págs. 167 e ss.

¹⁰ Apesar da expressão utilizada em texto, preferimos utilizar falar na existência de um princípio de oficiosidade em matéria instrutória do que em “princípio inquisitório”.

¹¹ Em matéria de exibição instrutória, pode ler-se o artigo 436.º, n.º 1 CPC que: «Incumbe ao tribunal, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, requisitar informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objetos ou outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade». A requisição, diz o n.º 2 da mesma norma, pode ser feita aos organismos oficiais, às partes ou a terceiros. Existem outras normas relevantes a este respeito, como é o caso da norma do artigo 590.º, n.º 2, al. c) CPC, de acordo com a qual o juiz pode, no despacho pré-saneador, determinar a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador. A exibição por iniciativa do juiz levanta problemas específicos, de articulação com o princípio de responsabilidade probatória das partes, de que não pretendemos aqui tratar. A análise ulterior centra-se no dever de colaboração probatória das partes, uma com a outra.

¹² Segundo JOHN ANTHONY JOLOWICZ (JOHN ANTHONY JOLOWICZ, *On civil procedure*, Cambridge University Press, December 2009, págs. 41 e ss.) o termo «*discovery*» designa qualquer forma de procedimento interlocutório através do qual uma parte pode compelir o seu adversário, ou um

Entre nós, a configuração geral do instituto baseia-se na imposição *ope judicis*, ao possuidor ou detentor do documento, da apresentação coativa ou forçada desse documento¹³. Donde, sejam maiores naqueles sistemas jurídicos (de raiz anglo-saxónica) as consequências de um dever de sinceridade no processo (usando-se esta expressão em sentido amplo)¹⁴.

terceiro, a revelar informação que se encontra na sua posse ou sob o seu controlo, e que seja relevante para o julgamento da ação. Já ADRIAN ZUCKERMAN (ADRIAN ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, Lexis Nexis, 2003, pág. 462) nota que uma das características mais originais do sistema judicial civil inglês consiste no chamado *discovery process* (atualmente, a lei utiliza a expressão *disclosure*), mais especificamente a «revelação de documentos», um procedimento através do qual os litigantes têm acesso aos documentos na posse da parte contrária ou de terceiros, com antecedência face ao momento do julgamento. Não se pense, porém, que o dever de *disclosure* está concentrado num só momento processual. Na verdade, o dever de revelação de documentos com importância para a resolução da causa mantêm-se ao longo de todo o processo. Deve notar-se, no entanto, que os sistemas, inglês e americano, apresentam importantes diferenças entre si. Não trataremos delas aqui. Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, pode ver-se FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade das partes no atual modelo processual*, cit., págs. 370 e ss.

¹³ Usa-se o termo «forçada» justamente por contraposição ao conceito de exibição espontânea.

¹⁴ Daí o espanto de um autor como JOHN ANTHONY JOLOWICZ (JOHN ANTHONY JOLOWICZ, «La production forcée des pièces, droits français et anglais», in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, *Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Dalloz 1996, págs. 171 e segs.), ao comparar o sistema inglês com o sistema francês. As diferenças entre os dois sistemas – nota o autor – não são apenas de detalhe, dando respostas opostas a uma questão de princípio: *quid iuris* no que diz respeito a documentos dos quais uma parte não se quer prevalecer, e que tornariam mais prováveis as alegações do seu adversário, mas cuja existência é ignorada por este último? Na ausência de uma obrigação legal de revelar a existência desses documentos, eles não serão traduzidos para o processo, e, dessa forma, não contribuirão para a manifestação da verdade. Ora – salienta o autor – se, no Direito inglês, as regras da «discovery» impõe uma tal obrigação a cargo das partes, na maior parte dos processos ordinários, o Direito francês não conhece uma tal obrigação. Uma leitura superficial deste último sistema jurídico (adverte o autor), em especial do artigo 10.º CCfr, poderia levar-nos a concluir que este sistema jurídico reconhece a existência de uma «obrigação de revelação», mas a segunda alínea desta norma atesta o contrário: a norma sugere, com efeito, que aquele que ignora a obrigação imposta pela primeira alínea não será obrigado a satisfazê-la, senão nos casos em que isso é legalmente exigido – condição esta impossível de satisfazer, quando se trate da retenção de um documento cuja existência é ignorada por todos. A obrigação de comunicação espontânea estende-se apenas aos documentos que a parte pretende produzir para sustentar as suas pretensões. Nos restantes casos, a exibição pressupõe um requerimento de parte, e uma identificação concreta do documento (é, portanto, impossível obter a exibição de um documento só conhecido pelo adversário).

Esta constatação – realça ainda JOLOWICZ – espanta o jurista inglês, o qual admite que a descoberta da verdade não constitui um fim do seu processo, ao contrário do que se verifica no sistema francês, que tem por finalidade essa descoberta (artigo 10.º CCfr.). Ora, e justamente por isto, surpreende que a «*discovery of documents*» do direito inglês seja mais apta a realizar este objetivo do que a «produção forçada de documentos» do direito francês (onde uma parte só pode ser obrigada a «revelar» a existência de documentos, no caso de pretender prevalecer-se dos mesmos).

Vejamos agora o reverso da medalha. Para além do risco de incremento dos custos do processo, e de ser causa de demora processual¹⁵, uma das críticas feitas ao regime da «*disclosure*» prende-se com o facto de o mesmo poder abrir a possibilidade de as partes dele se socorrerem com uma finalidade exploratória, ou seja, para obterem pela primeira vez, através da exibição de documentos, o conhecimento de fontes de prova que, até esse momento, lhes eram totalmente desconhecidas, ou mesmo novos fundamentos de direitos ou exceções, sem observância, assim, do ónus de alegação (fundamentada) e da prova que sobre elas recai¹⁶. Com efeito, nos sistemas da Europa continental uma das principais preocupações que o regime da exibição instrutória concita, prende-se, justamente, com a possibilidade de as partes se servirem do mesmo com este tipo de finalidade, preocupação esta que se reflete no regime positivo da exibição, através da consagração de um requisito de concreta identificação do documento *ad exhibendum*, e de indicação dos factos que, através do mesmo, se pretende provar. Vejamos.

II. Breve descrição do regime

¹⁵ Deve, no entanto, notar-se, por outro lado, que este regime, ao permitir, num momento precoce, que as partes tenham conhecimento das armas de que a parte contrária dispõe, pode ter um efeito positivo no que diz respeito à composição do litígio por acordo das partes. Esta é, aliás, uma das principais vantagens apontadas ao instituto da «*disclosure*».

¹⁶ Em Inglaterra, no entanto, a doutrina salienta que o procedimento de *discovery* se harmoniza com o sistema de partes, tendo por finalidade permitir que o juiz disponha, no momento do julgamento, de todas as informações relevantes para a tomada de uma decisão de mérito. Segundo o juiz DONALDSON, responsável pela reforma do processo civil inglês, não é correto pensar que o processo inglês procura abertamente a verdade; ele visa, antes, o confronto leal entre as partes. Estas não devem ser livres de esconder a existência de um documento que seria útil ao seu adversário, e ganhar o processo graças a essa dissimulação. Ao mesmo tempo, não se trata de permitir uma «prova-exploratória», já que, como foi sublinhado pela Câmara dos Lordes, a parte que requer a produção forçada de um documento apenas obterá a exibição no caso de lograr demonstrar que ele serve para fundamentar as suas pretensões; não basta que ela convença o juiz de que a exibição pode ser útil para a realização de uma suposta tarefa de descoberta da verdade. Do que se trata, no fundo, é apenas de garantir um leal confronto entre as partes, impedindo que uma parte, que detém um documento relativo aos factos litigiosos, possa retirar partido da ignorância do seu adversário, ocultando o documento, tanto deste último, como do juiz (JOHN ANTHONY JOLOWICZ, «La production forcée des pièces, droits français et anglais», cit., págs. 171 e ss.). Deve notar-se que, ao contrário do sistema norte-americano, o sistema inglês é, ainda, um sistema de *fact pleading*.

Como se referiu, atenderemos ao dever de exibição que impende sobre as partes, no seio de uma ação judicial¹⁷, e numa perspetiva intersubjetiva. Assim sendo.

Nos termos do artigo 429.º, n.º 1 CPC, a parte que pretenda fazer uso de documento em poder da parte contrária, requer que ela seja notificada para apresentar o documento dentro do prazo que for designado, devendo, no requerimento, identificar quanto possível o documento e especificar os factos que com ele quer provar. Se os factos que a parte pretende provar tiverem interesse para a decisão da causa, é ordenada a notificação (cf. n.º 2, do mesmo artigo). Uma nota: apesar de o artigo se referir (apenas) à possibilidade de requerer a colaboração da parte contrária, cremos seja possível requer a colaboração de um comporte, ou mesmo de outros intervenientes processuais¹⁸.

O artigo seguinte (430.º) estabelece, por sua vez, as consequências da não apresentação do documento, através de remissão para o artigo 417.º, e o artigo 431.º trata das hipóteses de escusa do notificado¹⁹.

Ao contrário do que acontece, em Inglaterra e nos EUA, com o instituto da «*disclosure*», a parte que pretende servir-se do documento não dirige o pedido de

¹⁷ Não trataremos aqui da questão de saber se a exibição instrutória pode ser requerida antecipadamente em relação ao momento do julgamento, ou mesmo em momento anterior ao da propositura da ação, ao abrigo, entre nós, do regime da produção antecipada de prova (artigos 419.º e 420.º CPC). Em Espanha essa possibilidade é admitida por JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT e GUADALUPE BUITRÓN RAMÍREZ (*La Prueba Civil*, cit. págs. 393 e segs.), ao abrigo da figura das diligências preliminares (artigo 256 LEC).

¹⁸ Nesse sentido, quanto ao modelo espanhol, pode ver-se JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 7.ª ed., Madrid: Civitas, 2012, págs. 306 e segs. Quanto ao requerimento a um comparte, talvez se possa encontrar um lugar paralelo na norma do artigo 453.º, n.º 3 CPC, relativo à prova por confissão das partes.

¹⁹ Nos termos do artigo 431.º, n.º 1, no caso de o notificado declarar que não possui o documento, o requerente é admitido a provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade. E, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, incumbe ao notificado que haja possuído o documento e que pretenda eximir-se ao efeito previsto no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil demonstrar que, sem culpa sua, ele desapareceu ou foi destruído. Esta norma merece reflexão ulterior, coisa que não faremos aqui. Na nossa ótica, resulta da mesma a consagração de um dever de conservação da prova, aspeto que deixaremos para um estudo futuro. Na verdade, somos da opinião de que o dever de colaboração em matéria probatória, tem uma dupla dimensão: para além do dever de colaboração em matéria de produção de prova, existe uma outra dimensão, que se centra, justamente, no plano da conservação da prova. Daí a possibilidade de as partes sofrerem consequências negativas, em particular no plano probatório, no caso de um documento ter desaparecido por culpa sua.

exibição diretamente à parte contrária, requerendo antes ao tribunal que notifique esta parte para apresentar o documento, dentro do prazo que for designado. Apesar de termos utilizado a expressão «colaboração intersubjetiva», pode, pois, notar-se que, mesmo nos casos em que a exibição resulta da iniciativa das partes, tal não elimina – transferindo apenas para um momento ulterior – o poder (discricionário) do tribunal de apreciação dos pressupostos da exibição, em particular o da admissibilidade e utilidade da prova requerida²⁰. Com o uso daquela expressão, pretendemos apenas distinguir as hipóteses de exibição por iniciativa das partes, das hipóteses de exibição por iniciativa oficiosa do tribunal.

Para que o tribunal seja capaz de realizar aquele juízo, de admissibilidade e pertinência da prova requerida, deve o requerente ser capaz de identificar o documento, e de indicar os factos que com o mesmo pretende provar. Devemos ter isto presente, agora que consideramos estes requisitos da exibição. Trata-se, com efeito, de um aspeto central do instituto da exibição.

III. Os requisitos do dever de exibição

III, 1. Identificação do concreto documento «ad exhibendum» e especificação dos factos que com ele se pretende provar

²⁰ Embora se deva notar, a este respeito, que não se pode aceitar, como regra, a ideia da inoperância de um meio de prova apenas porque a respeito do mesmo facto (ou do seu contrário) já foram produzidas provas de força superior. Aceitá-lo, como princípio, seria contrário a um sistema de prova livre. Mas, por ex., quando a lei exija, como forma da declaração negocial, documento autêntico ou autenticado, não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior (artigo 364.º, n.º 1 CC). Numa hipótese como esta, caso uma parte requeria que a outra seja notificada para juntar um documento particular, para prova do ato, a prova em causa não tem utilidade. Por outro lado, deverá tratar-se de um facto carecido de prova (cf. artigo 412.º CPC, quanto aos factos não carecidos de prova), ou que não esteja já plenamente provado. Esta última hipótese é pouco provável, tratando-se da exibição de um documento, na medida em que a necessidade do mesmo constitui uma exceção ao efeito da revelia, e também à cominação para a falta de observância do ónus de impugnação especificada (artigos 568.º, al. d), e 574.º, n.º 2 CPC).

Por outro lado, deve o tribunal atender a um requisito de exigibilidade (Neste sentido veja-se ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, cit., 481 e segs. Estes autores referem que “o dever de colaborar no apuramento da verdade, não obstante a elevação (ética) do fim visado com a determinação legal, tem os seus limites, ditados pela ideia de não exigibilidade”. Este aspeto será desenvolvido mais à frente).

Nos termos do artigo 429.º, n.º 1 CPC, o requerente identifica quanto o possível o documento e especifica os factos que com ele pretende provar. Estes dois requisitos estão, em certa medida, relacionados, resultando daqui que, pelo menos em termos gerais, a parte interessada deve ser capaz de fazer referência ao concreto conteúdo do documento *ad exhibendum*, pois só assim o tribunal poderá realizar o juízo probatório necessário para decidir o requerimento apresentado pela parte. Conforme nota MONTERO AROCA²¹, é necessário, desde logo, que os documentos se refiram ao objeto do processo – seja à causa de pedir da pretensão, seja às exceções invocadas pelo réu (em qualquer caso, desde que se trate de factos controvertidos²²) – ou à eficácia dos meios de prova, *i.e.*, à prova sobre o valor probatório de outros meios de prova.

Um dos aspetos mais interessantes e problemáticos do regime da exibição instrutória diz respeito, no entanto, aos limites do dever de identificação do documento.

A lei não especifica em que consiste esta identificação, referindo apenas que o documento deve ser identificado quanto possível. Cabe, então, à doutrina e jurisprudência a densificação deste requisito. Segundo ALBERTO DOS REIS²³, a expressão (usada no Código de 1939) «no requerimento deve indicar-se em que

²¹JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, cit., págs. 306 e ss. A matéria da exibição encontra-se regulada nos artigos 328 e seguintes da LEC, tendo por objeto a prova documental. Em especial, resulta do artigo 328.1 (Deber de exhibición documental entre partes) que “*Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba*”. Por sua vez, refere-se no artigo 328.2 que “*A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará en los términos más exactos posibles el contenido de aquél*”.

Importa, ainda, chamar a atenção para o disposto no 329.1 e 329.2 (Efectos de la negativa a la exhibición). Assim: 329.1: “*En caso de negativa injustificada a la exhibición del artículo anterior, el tribunal, tomando en consideración las restantes pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición o a la versión que del contenido del documento hubiese dado*”. 329.2: “*En el caso de negativa injustificada a que se refiere el apartado anterior, el tribunal, en lugar de lo que en dicho apartado se dispone, podrá formular requerimiento, mediante providencia, para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas*”.

²² Cf., no entanto, a advertência que fizemos na parte final da nota 20.

²³ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, reimp., Coimbra Editora, pág. 39.

consiste o documento» tem por fim dar a conhecer ao notificado qual o documento que dele se requisita, devendo ser entendida neste sentido: cumpre ao requerente identificar, quanto possível, o documento (veja-se a similitude entre as palavras do autor e a redação atual da lei). Na verdade (acrescenta o autor), para que a parte contrária possa tomar conscientemente qualquer atitude perante o despacho que requisitar a apresentação, é indispensável que ela saiba ao certo qual a espécie de documento que se lhe exige. E não basta que se indique a espécie em abstrato, é necessário que se caracterize a espécie, que se individualize o documento, dizendo-se, por ex., de que data é a carta e quem a expediu, a que prédio se refere o arrendamento e em que data se celebrou, etc.²⁴.

Segundo COMOGLIO, o requisito da identificação do documento *ad exhibendum* fornece-nos a chave interpretativa do instituto da exibição, ao esclarecer a função que a lei atribui ao requerimento da parte, e qual o vínculo do juiz em relação a esse requerimento²⁵. Uma vez que a exibição “forçada” e a produção “espontânea” de uma coisa – realizada por uma parte com base nas regras legais de repartição do ónus da prova – são fenómenos distintos, o poder judicial (discricional) de se ordenar a exibição, sob instância de uma parte, não pode

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le Prove Civili*, cit., págs. 749 e ss. São as seguintes as normas do CPC it. relevantes a este propósito: artigo 210.º CPC it.: “[I] Negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell’articolo 118 l’ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte, può ordinare all’altra parte o a un terzo di esibire in giudizio in documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l’acquisizione al processo. [II] Nell’ordinare l’esibizione, il giudice dà i provvedimenti opportuni circa il tempo, il luogo e il modo dell’esibizione. [III] Se l’esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che há proposta l’istanza di esibizione.” Encontra-se também referência a esta matéria nos artigos 2711, 2º co. CC it. e no artigo 212.º CPC it.. Estes artigos referem-se à exibição de “corrispondenza, ai libri di commercio ed ai registri ovvero a singole scritture e partite contabili, quale alternativa alla loro comunicazione integrale”. Sobre o tema pode ver-se, entre outros, VINCENZO SPARANO, *L’esibizione di prove nel processo civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961; PAOLO GUIDI, *Teoria giuridica del documento*, A. Giuffrè, Milano, 1950; PIERO CALAMANDREI, “Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1930, págs. 289-301; SATTA - SALVATORE SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, II, Processo di Cognizione*, 1, Vallardi, Milano, 1966; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le Prove Civili*, Terza edizione, UTET Giuridica, Milano, 2010, págs. 749 e segs.; GIUSEPPE RUFFINI, “Produzione ed esibizione dei documenti”, 2006, págs. 303-321.

subverter a aplicação de tais regras, nem sanar (com função substitutiva) a falta de realização do ónus probatório pela respetiva parte²⁶.

Já SPARANO nota que a necessidade de indicação especificada deve ser enquadrada à luz de toda a estrutura do instituto²⁷. Deve tratar-se de um requerimento completo nos seus vários elementos, permitindo ao tribunal formular um juízo único, que atenda em conjunto aos vários requisitos de admissibilidade. Por conseguinte, a indicação da parte deve referir-se, não apenas à identificação da coisa a exhibir, mas também ao seu valor probatório, ou seja, ao conteúdo do documento. O autor interroga-se, no entanto – pensando nos casos em que o requerente tenha apenas um conhecimento dos elementos exteriores do objeto da exibição – se é sempre necessária a indicação daquele conteúdo, ou se (pelo menos em alguns casos) bastará que o requerente refira os elementos factuais imprescindíveis para a sua identificação, ou para que o mesmo seja encontrado.

Em princípio – nota SPARANO – todos os elementos constarão do requerimento, para que o juiz possa ajuizar se o facto a provar com a exibição tem interesse para a decisão da causa, e se é possível extrair da coisa ou documento a respetiva prova. Mas, exigências de ordem prática, levam a que não deva estender-se demasiado o ónus do requerente, sob pena de se inviabilizar, em alguns casos, a possibilidade de exibição. Por conseguinte, sempre que a específica indicação do documento – independentemente dos elementos através dos quais a mesma se

²⁶ Na verdade – refere o autor (no mesmo loc. da ob. cit.) –, não se verifica qualquer inversão ou modificação do ónus da prova, nem qualquer renúncia ao benefício da regra judicial (*actore non probante reus absolvitur*), que se retira do artigo 2697.º, do código civil it.. Tal requisito tem a função de permitir uma precisa individualização física da coisa a exhibir. O relevo desta individualização encontra-se, assim, no facto de que, apenas através dela, é possível que o julgador aprecie a necessidade de aquisição processual da coisa a exhibir, para prova de factos controvertidos relevantes para a decisão da causa, por estes mesmos factos não poderem ser provados senão através deste meio instrutório. Donde, seja de rejeitar uma exibição (assim como uma inspeção) com escopo meramente exploratório, devendo o requerente, para lá daquela específica individualização, indicar os factos controvertidos que, com a exibição, pretende provar.

²⁷ VINCENZO SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, cit., págs. 328 e ss.

concretize – seja suficiente para que o juiz possa realizar aquele juízo, deve ter-se por alcançada a finalidade, e por verificada a condição (positiva) da exibição²⁸.

Também na Alemanha existe uma intensa discussão, pela mão da doutrina e da jurisprudência, sobre o requisito da referência ao documento (*Bezugnahmeerfordernis*)²⁹, embora exista unanimidade no sentido de que o regime da exibição não pode abrir a porta a uma prova exploratória (*Ausforschungsbeweis*), ao estilo norte-americano. Sobre o requerente recai um ónus de alegação fundamentada, assim como o ónus de concreta identificação

²⁸ O autor rejeita, assim, por demasiado restritiva, a posição jurisprudencial de acordo com a qual seria sempre necessária a rigorosa indicação da existência, e do conteúdo da coisa a exhibir. A razão de ser da indicação especificada – nota o autor – reside em evitar uma exibição com uma finalidade meramente exploratória, que possa trazer para o processo factos estranhos à causa, ou factos ainda nela não introduzidos. O limite mínimo do dever de indicação é, assim, dado pela ideia de que a exibição não pode ter um escopo meramente informativo, em ordem à eventual obtenção de novos elementos de prova, sem se saber previamente quais sejam. Isso seria baseado numa tendência inquisitória, enquanto a exibição – pela instância de parte que a caracteriza – deve sempre constituir um meio de prova deduzido pelas partes como fundamento da sua pretensão, *i.e.*, deve dizer respeito apenas a elementos predeterminados na medida em que são indicados no requerimento da parte.

²⁹ O regime encontra-se nos §§ 422 - 424 ZPO, e no § 142. É a seguinte a redação desta última norma: § 142, 1 e 2: «(1) Das Gericht kann anordnen, dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden und sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Das Gericht kann hierfür eine Frist setzen sowie anordnen, dass die vorgelegten Unterlagen während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Geschäftsstelle verbleiben. (2) Dritte sind zur Vorlegung nicht verpflichtet, soweit ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie zur Zeugnisverweigerung gemäß den §§ 383 bis 385 berechtigt sind. Die §§ 386 bis 390 gelten entsprechend». E naquelas pode ler-se: §§ 422, 423 e 424: «Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann»; «Der Gegner ist auch zur Vorlegung der in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf die er im Prozess zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn es nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen ist»; «Der Antrag soll enthalten: 1. die Bezeichnung der Urkunde; 2. die Bezeichnung der Tatsachen, die durch die Urkunde bewiesen werden sollen; 3. die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde; 4. die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, dass die Urkunde sich in dem Besitz des Gegners befindet; 5. die Bezeichnung des Grundes, der die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergibt. Der Grund ist glaubhaft zu machen».

do(s) documento(s) *ad exhibendum*³⁰. Mas discute-se quais os limites daquele requisito.³¹

GERHARD WAGNER, por ex., adota uma conceção mais ampla: basta que o requerente seja capaz de fazer uma descrição aproximada do conteúdo do documento, sob pena de se restringir as hipóteses de exibição aos casos em que o mesmo tenha tido oportunidade de ver o documento, e seja capaz de se lembrar da data e conteúdo do mesmo³².

Já SONJA LANG³³ nota que, uma das formas de se entender aquele requisito, consiste em, através do mesmo, tornar *plausível* o conteúdo do documento, estando dispensada uma referência ao concreto documento. Em parte – nota a autora –, trata-se de um entendimento acolhido pela jurisprudência, e que encontra apoio na doutrina: SCHLOSSER, por ex.³⁴, apoia uma decisão do *Landgericht Ingolstadt*, considerando que não deve, em princípio, rejeitar-se uma ordem de exibição de um «conjunto de documentos», pelo simples facto de não se mencionar qual o documento, dentro desse conjunto, que contém a informação relevante para a decisão do litígio (aquela ordem deve ser proferida, desde que exista uma «forte verosimilhança» de que, no «meio desses documentos», se encontra essa informação). Ou seja, apenas seria necessária uma referência

³⁰ A lei parece prever requisitos menos exigentes para a ordem de exibição por iniciativa oficiosa do tribunal. Não nos importa desenvolver aqui este ponto. Mas, não podemos deixar de notar que, uma parte doutrina, chama a atenção para o facto de que, num sistema baseado no princípio dispositivo (em sentido amplo – *Verhandlungsmaxime*), o requerimento por uma parte não pode estar sujeito a requisitos mais exigentes do que aqueles que são impostos para a exibição por iniciativa do tribunal. E propõe uma reinterpretação daquelas normas, no sentido de sujeitar a ordem de exibição *ex officio iudicis* aos mesmos requisitos da exibição por iniciativa de uma parte. Nesse sentido, pode ver-se, por ex., SONJA LANG, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, Europäische Hochschulschriften Rechtswissenschaft 4571, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, págs. 100 e ss.

³¹ Seguimos de perto, nesta parte do artigo, o nosso FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade das partes no atual modelo processual*, cit., págs. 191 e ss.

³² GERHARD WAGNER, ««Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte», cit..

³³ SONJA LANG, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, cit., pp. 139 e ss. Seguimos de perto nesta parte o nosso FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade das partes no atual modelo processual*, cit., págs. 191 e ss.

³⁴ PETER SCHLOSSER, «Die Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten Zivilprozessrecht», in *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, München: Beck, 2004, págs. 135 e segs. (págs.149 e ss.).

genérica ao conteúdo do documento, não uma referência ao concreto documento. A autora não concorda com este entendimento. Vejamos alguns exemplos dados pela mesma.

Num caso³⁵, em que foi requerido que uma clínica procedesse à exibição do conjunto de ficheiros médicos relativos ao tratamento de certos pacientes, o tribunal ordenou a exibição, apesar de o requerente não ter procedido à identificação do concreto documento ou documentos *ad exhibendum*. LEIPOLD³⁶ concorda com a decisão do tribunal. Mas não é da mesma opinião a autora citada³⁷. Com efeito, observa a mesma que um tal dever (obrigação de exhibir todas as «pastas de arquivos» relacionadas com aquele tratamento) comporta o risco de «*Ausforschung*», ao permitir que o requerente obtenha, pela primeira vez, através dessa exibição, o conhecimento de factos que podem constituir o fundamento de novas pretensões. Ficheiros clínicos completos (sublinha SONJA LANG) podem conter informações que não se relacionam diretamente com o objeto do litígio, suscetíveis de fornecer a base para novos pedidos, ou exceções

Noutro caso³⁸, decidiu o tribunal que um administrador de insolvência tinha a obrigação de exhibir certas «pastas de arquivos», relativas a determinados devedores, com fundamento em que, nas mesmas, se continha informação relevante para a resolução da causa. Esta ordem de exibição baseou-se na alegação, pelo autor, de que, numa determinada pasta, com o rótulo «*Bürogebäude*», se encontravam documentos relevantes para o processo. Apesar de o autor não ter sido capaz de proceder a uma identificação dos documentos que, concretamente, continham a informação relevante para o processo, entendeu o tribunal que o mesmo conseguiu, através de uma alegação fundamentada, explicar que a «pasta de arquivo» continha informação relevante, não se tratando, assim, de um puro, e

³⁵ Oberlandesgericht Saarbrücken, Urt. vom 30.04.2003 – 1 U 682/161 (OLG Saarbrücken, MDR 2003, 1250).

³⁶ Apud SONJA LANG, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, cit., pp. 139 e ss.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Landgericht Ingolstadt, Zwischenurteil. vom 22.03.2002, 4 O 1729/01 (LG Ingolstadt, NZI 2002, 390).

inadmissível, «*Ausforschungsbeweis*», mas da exibição de «pastas de arquivos» claramente individualizadas.

SONJA LANG observa que, uma «pasta de arquivos», não é um «documento concreto», nem, para este efeito, pode ser visto como «um conjunto de documentos». Cada documento (nota a autora) deve ser concretamente indicado. A apresentação de uma «pasta de arquivos» completa, dentro da qual o tribunal, ou um perito por si designado, tenha a obrigação de procurar documentos concretos, constitui uma solução contrária à intenção do legislador, no sentido de obter uma célere resolução do litígio, e constituiria uma aproximação ao modelo norte-americano, ao permitir que uma parte fosse obrigada a apresentar um conjunto larguíssimo de documentos, sem a indicação do concreto documento a exhibir³⁹. Ao mesmo tempo, tal solução seria pouco conforme com um sistema baseado no princípio de responsabilidade das partes⁴⁰.

Em suma, entende SONJA LANG que, pese embora não deva sobrecarregar-se o requisito da alegação fundamentada⁴¹, não deve dispensar-se o requisito da

³⁹ SONJA LANG, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, cit., págs. 139 e ss.

⁴⁰ *Ibidem*. Outro exemplo dado pela autora diz respeito a um caso decidido pelo Senats des Bundesgerichtshofs em 1989, conhecido como «leptospira bratislava»: uma pessoa infetada com um vírus raro tem a desconfiança de que, durante os seus tempos de estudante, trabalhou com o mesmo na Faculdade, sem ter sido precavida para isso, e requer que a Faculdade apresente todos os «relatórios de pesquisa» dos últimos 6 anos, com a finalidade de encontrar alguma coisa sobre investigação acerca de «Leptospiren». O tribunal de primeira instância indeferiu o requerimento, tendo o tribunal de recurso alterado a decisão. Não se trata de uma mera «*Ausforschungsbeweis*» (salienta SCHLOSSER), mas de um requerimento de uma parte que se encontra numa situação de carência de prova. A alegação «não é no escuro», uma vez que não é improvável que a autora tenha sido infetada na Faculdade. Já segundo SONJA LANG, o «Bundesgerichtshofs» revela aqui, mais uma vez, a sua visão ampla, com a qual a autora concorda em parte: não se trata de uma alegação arbitrária, já que existe uma verosimilhança de que a infeção tenha ocorrido na Faculdade, mas o tribunal foi, ainda assim, longe demais, pelas mesmas razões já acima expostas. Este ex. é dado no nosso FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade das partes no atual modelo processual*, cit., págs. 191 e ss.

⁴¹ Com efeito, a autora aceita as hipóteses de «documentos presumidos», ou seja, documentos em relação aos quais a parte não possui nenhum conhecimento positivo, embora possa assumir, tendo em conta as circunstâncias do caso e a aplicação de regras de experiência, que o mesmo existe, e se encontra na posse da parte contrária. Para evitar uma *Ausforschungsbeweis* será suficiente que o requerente ofereça «indícios plausíveis» de que o documento se encontra na posse dessa parte. Outro é o entendimento de LEIPOLD DIETER LEIPOLD, «Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess», cit., pág. 574. Segundo este autor, a referência a um documento meramente presumido não é, em princípio, suficiente para obter a

«suficiente descrição» do concreto documento a exhibir – só assim se evitando que os juízes, ou peritos nomeados pelo tribunal, sejam chamados a desempenhar uma tarefa que só às partes compete. Com efeito, sob a vigência do princípio de responsabilidade das partes (*Verhandlungsmaxime*), não pode ser tarefa do juiz, pela primeira vez, procurar, entre o conjunto de documentos, a informação relevante⁴². Embora contrário a um princípio de verdade material (concluir a autora), verifica-se, assim, a existência de um requisito de «indicação do concreto documento», imprescindível para prevenir a possibilidade de uma «prova-investigatória»⁴³. Por outro lado, a aceitação de uma exibição muito extensa poderia constituir uma violação do «princípio da auto-determinação informativa», o qual pode ceder passo perante a situação de carência probatória em que se

exibição, sendo necessária a existência de indicações claras, das quais resulte que a «referência da parte» se baseia na efetiva existência do documento. É verdade (concede, por sua vez, SONJA LANG) que, quanto mais precisa for aquela descrição, menor será o perigo de *Ausforschung*; no entanto, existem numerosos casos em que a parte não pode ter cem por cento de certeza de que o documento existe, já que ele nunca esteve na sua esfera de domínio, embora tenha uma suposição fundada de que isso se verifica (*ibidem*, pág. 151).

A possibilidade de requerer a exibição de «documentos presumidos» não liberta, contudo, o requerente do requisito de concretização do documento, através de uma descrição da sua «forma exterior». Ou seja, mesmo neste caso o documento deverá ser identificável. A autora desvia-se, assim, da posição de GREGER (e, por inspiração deste, de MCGUIRE), que, embora admitam a existência de um requisito de «concreta referência» ao documento, estabelecem exigências baixas – não exigindo uma «descrição concreta» do documento: REINHARD GREGER, «Zweifelsfragen und erste Entscheidungen zur neuen ZPO», *NJW*, 2002, Heft 42, págs. 3049-3053 (3049, 3050); MCGUIRE, «Beweismittelvorlage und Auskunftanspruch nach der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Recht des Geistigen Eigentums», *GRUR Int.* 2005, págs. 15 e segs. (pág. 20)).

⁴² Ob. cit., pág. 145. Por sua vez, e no que diz respeito à hipótese de exibição de um «conjunto de documentos», a razão de ser da sua rejeição prende-se também com a aplicação de um requisito de ordem geral, aplicável em matéria de produção de prova, e que diz respeito à «relevância da prova» (relacionado ainda com o princípio da economia processual): não basta – nota a autora – que o documento faça prova de um facto controvertido; ele deve ser necessário para a obtenção da informação, e a parte que faz «referência ao documento» deve encontrar-se numa situação de necessidade de prova (requisito este que também se aplica no caso de produção oficiosa de prova). SCHLOSSER refere que a ordem de exibição de um «conjunto de documentos» é admissível, quando, entre eles, se encontre uma informação relevante, no entanto (afirma SONJA LANG), esta situação não autoriza aquela ordem, uma vez que, entre esses documentos, encontram-se muitos outros que não são relevantes. (*ibidem*).

⁴³ *Ibidem*.

encontra a parte contrária, mas apenas quando se trate de uma «investigação proporcionada».⁴⁴

Em suma: o documento deve ser indicado tão precisamente quanto possível (idealmente com indicação da data de emissão, do subscritor, do número de páginas ou opcionalmente o número de arquivo, etc.)⁴⁵. Muitas vezes, no entanto, não pode exigir-se que as partes façam uma descrição tão precisa como esta, sobretudo quando se trate de um «documento presumido»⁴⁶. Será suficiente, então, que a parte faça a referência possível, determinando, pelo menos, as formalidades externas do documento (período da emissão, número aproximado de páginas, etc.). Mas, mesmo neste caso, pelo menos segundo uma parte da doutrina, o documento deve ser concretamente identificável. Parece-nos ser esta a leitura correta do requisito da concreta identificação do documento. O requisito relaciona-se, assim, com o princípio dispositivo (em sentido amplo), e com a existência de um sistema de ónus da prova. Nisto, aliás – e sem prejuízo da discussão sobre a extensão do requisito da concreta identificação do documento –, conflui o pensamento de autores de diferentes ordenamentos jurídicos.

III, 2. Situação de necessidade probatória

Outro requisito do dever de exibição diz respeito à existência de uma situação de necessidade probatória, ou seja, ao facto de o requerente não ter

⁴⁴ A posição da autora vai ao encontro de uma tendência doutrinal de acordo com a qual a mera «referência global» ao documento não é suficiente. A «alegação de facto» deve referir-se, não apenas aos factos subjacentes ao documento, como também ao próprio documento (por ex. SCHLOSSER, LEIPOLD, UHLENBRUCK e GREGER). Também o *Landgericht Karlsruhe* salientou que a referência ao documento não pode consistir numa mera menção geral, devendo fornecer, pelo menos, determinados conteúdos mínimos. O tribunal deve assim abster-se de ordenar a exibição, quando a parte apresenta uma alegação arbitrária, no sentido de que se encontra um documento relevante nas mãos da parte contrária, sem que essa alegação seja acompanhada de indícios relativos ao próprio documento. As exigências de concretização do documento devem assim ser, pelo menos, iguais àquelas que existem em relação à fundamentação da alegação de facto.

⁴⁵ Salienta a autora que a indicação nunca será suficiente, quando a existência do documento resulte apenas de um modo implícito da alegação de facto.

⁴⁶ Em não raras ocasiões, a parte que se refere ao documento nunca o teve nas mãos; seria difícil nestes casos que a mesmas soubesse, por ex., o número de páginas ou a data de emissão do documento.

possibilidade de obter a respetiva fonte de prova, relevante para a prova de factos com interesse para a decisão da causa (artigo 429.º, n.º 2 CPC)⁴⁷, sem a colaboração da parte contrária. Trata-se do mesmo pressuposto que se encontra presente no artigo 7.º, n.º 4 CPC, que consagra o dever de o tribunal colaborar com as partes em matéria probatória.

Com efeito, as partes não podem servir-se do instituto da «exibição instrutória» para obterem o acesso a documentos que elas próprias, sem necessidade da colaboração da parte contrária, têm a possibilidade de obter. Segundo ALBERTO DOS REIS⁴⁸, as palavras «quando a parte pretenda fazer uso de documento que esteja em poder da parte contrária» devem, assim, ser interpretadas no sentido de: «quando a parte pretenda utilizar documento de que só a parte contrária disponha» – podendo retirar-se daqui a conclusão de que o texto se refere a documentos particulares, e que só excecionalmente se aplicará a documentos autênticos.

Já JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT e GUADALUPE BUITRÓN RAMÍREZ⁴⁹ notam que, os casos em que a exibição pode ser requerida, são aqueles em que o requerente não dispõe do documento, mas tem conhecimento – ou pode objetivamente presumir – que o mesmo se encontra em poder do requerido, ou em que o mesmo dispõe apenas de uma cópia não autenticada do documento, necessitando do original ou

⁴⁷ Note-se que não nos referimos aqui a um conceito de “necessidade” nos termos em que ao mesmo é referido no artigo 410.º, i.e., necessidade para prova de um facto (esse aspeto já se encontra subsumido pelo pressuposto da admissibilidade). Do que se trata é de uma necessidade da colaboração, em si mesma considerada, i.e., necessidade no sentido de acesso à própria fonte de prova. Veja-se o seguinte exemplo referido em ABÍLIO NETO, *CPC Anotado*, cit., 17.º, pág. 755: “*Cabendo ao autor provar certo facto, através de uma certidão, não lhe é lícito requerer que, por dificuldade na sua obtenção, se notifique o réu para a apresentar (Ac. RP, de 12.2.1985: BMJ, 344.º-469)*”.

Como refere SPARANO, não basta que o requerido detenha a coisa, sendo (implicitamente) necessário que o requerente não a tenha. Por outro lado, é necessário que o requerente não tenha nem, a disponibilidade jurídica, nem a disponibilidade material da coisa, acrescentando-se, ainda, que não pode requerer a exibição aquele que perdeu a posse do documento (ou outra coisa) por culpa sua, ou que pode facilmente obter uma cópia do mesmo (VINCENZO SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, cit., págs. 328 e segs.).

⁴⁸ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, cit., pág. 40.

⁴⁹ JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT e GUADALUPE BUITRÓN RAMÍREZ, *La Prueba Civil*, cit. págs. 393 e segs.

de uma cópia autenticada, por exemplo, porque a contraparte impugnou a autenticidade da cópia apresentada⁵⁰.

Por sua vez, refere SPARANO⁵¹ que, não basta que o requerido tenha a posse da coisa a exhibir, sendo (implicitamente) necessário que o requerente não a tenha. Poderia pensar-se que este requisito se verifica apenas nos casos em que estejamos perante uma coisa única, ou um documento com um único exemplar⁵². No entanto (nota o autor), a questão não se apresenta tão linear, casos existindo em que, apesar de não se verificar esta circunstância, falta ao requerente aquela posse, justificando-se a ordem de exibição⁵³. Em qualquer caso, é necessário que o requerente não tenha, seja a disponibilidade jurídica, seja a disponibilidade material do documento ou coisa a exhibir (se o requerente detém materialmente a coisa, ainda que ilegalmente, tem a possibilidade de a produzir *sponte sua*, sem necessidade de recurso ao instituto da exibição instrutória⁵⁴). Para além disso, não pode requerer a exibição aquele que perdeu a posse do documento por culpa sua, ou que pode facilmente obter uma cópia do mesmo⁵⁵. O fundamento deste requisito⁵⁶ encontra-se, segundo o autor, nas próprias regras do ónus da prova: a exibição pode ser requerida por aquele que, onerado com a prova, se encontra impossibilitado de a realizar. Só neste caso se justifica a exibição⁵⁷.

⁵⁰ Concordamos com esta última possibilidade.

⁵¹ VINCENZO SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, cit., págs. 328 e segs.

⁵² Casos estes em que, ao afirmar-se a posse do requerido, estar-se-ia necessariamente a afirmar a “não posse” do requerente.

⁵³ O autor sublinha que o instituto da exibição deve seguir a linha de evolução do sistema, defendendo a interpretação do requisito da admissibilidade da exibição que mais favoreça a ampliação dos casos de aplicação da mesma.

⁵⁴ Questão interessante é a de saber se, no caso de uma parte ter obtido ilicitamente uma prova, pode requerer a colaboração da parte contrária para a exibição dessa mesma prova, para fugir a um juízo de ilicitude da prova apresentada, se a introdução da mesma no processo resultar de iniciativa sua. Não pretendemos desenvolver aqui este aspeto.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Ou seja, o facto de não poder requerer a exibição quem tenha a posse do documento.

⁵⁷ Pela nossa parte, concordamos, em parte, com o autor italiano – no sentido de que o dever de exibição pressupõe a existência de uma situação de necessidade probatória. Mas não concordamos com a ligação que o mesmo estabelece entre o direito à prova e as regras do ónus da prova, já que, do nosso ponto de vista, é outro o fundamento do direito à prova (note-se que a parte não onerada também tem este direito – o direito de fazer contraprova ou prova do contrário do facto). Para

Já SASCHA KUHN e MARCEL LÖHR⁵⁸ referem-se, a este propósito, a um «requisito de subsidiariedade». Segundo os autores, a ordem de apresentação de um documento depende da verificação de três requisitos (cumulativos): a subsidiariedade, a «referência» ao documento, e a conclusividade da alegação. Quanto primeiro, o mesmo não se encontra escrito, mas resulta da teleologia do preceito⁵⁹. Com efeito, não deve deferir-se o requerimento da parte, quando o requerente tenha à sua disposição, sem despesas excessivamente maiores do que a parte contrária, ou o terceiro, fontes de informação adequadas⁶⁰.

Ainda a propósito deste requisito (existência de uma situação de necessidade probatória), interroga-se a doutrina italiana sobre a questão de saber se este conceito (usado no artigo 210º, 1º co. CPC it., onde aquele requisito se encontra consagrado) equivale ao de «indispensabilidade», a que o artigo 118.º CPC it.⁶¹ se refere, quanto ao regime da inspeção. Deve notar-se que se atende agora, já não à possibilidade de o requerente obter, através de outro meio, a respetiva prova, mas ao facto de a prova do facto não poder ser obtida por outro meio que não aquele. A perspetiva, portanto, alterou-se. Não pretendemos, no entanto, desenvolver este aspeto, ou aprofundar a discussão da doutrina italiana em torno dele⁶², nem o mesmo se afigura muito relevante do ponto de vista do nosso ordenamento jurídico. Na verdade, diz o artigo 429.º, n.º 2 CPC que o juiz ordena a exibição, quando os factos que a parte pretende provar tiverem interesse para a

maiores desenvolvimentos sobre este ponto, pode ver-se o nosso FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade probatória das partes no atual modelo processual*, cit., págs. 167 ss.

⁵⁸ SASCHA KUHN e MARCEL LÖHR, «Die Urkundenvorlage nach § 142 ZPO im Spannungsfeld zwischen Sachverhaltsaufklärung und Beibringungsgrundsatz», cit., págs. 369-375.

⁵⁹ Referem-se ao § 422 da ZPO.

⁶⁰ Segundo os autores, a medida para a avaliação da capacidade de uma fonte de informação é o possível ganho em termos de conhecimento, e a sua potencial relevância para a tomada de uma decisão.

⁶¹ Para o qual aquele artigo remete.

⁶² Sobre ele, pode ver-se VINCENZO SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, cit., págs. 328 e segs.; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le Prove Civili*, cit., pág. 775. Existem duas posições a este respeito: aquele que entende que o conceito equivale ao de exclusividade ou indispensabilidade (no sentido de que a prova não pode resultar de outros documentos), e o de *estrema ratio*, no sentido de se tratar da única prova possível e concebível. Como nota aquele autor, este requisito deve ser concebido, não como o resultado de se ter constatado a frustração de todos os meios de prova possíveis, mas como o efeito de uma mera configuração abstrata (de uma *ipotizzazione*) desse mesmo resultado.

decisão da causa. Não se retira daqui, segundo cremos, que o meio de prova em causa seja o único através do qual a prova pode ser feita, o que, aliás, restringia a possibilidade de exibição (de documentos) aos casos em que a lei (material) consagra hipóteses de formalidades *ad substantiam* ou *ad probationem*, ou a casos equivalentes. Tudo quanto se exige, em suma, é que se trata de um documento relevante para a prova de um facto, com interesse para a resolução da causa.

III, 3. Outros casos de não exigibilidade

Resta refletir sobre a existência de um requisito negativo, gerador de outras hipóteses de não exigibilidade. Atentemos, para esse efeito, no artigo 417.º, n.º 3 CPC, o qual estabelece casos de recusa legítima em colaborar. Com efeito, não há razão para deixar de aqui aplicar a norma consagrada naquele artigo. Trata-se de situações em que o interesse da justiça no apuramento da verdade se encontra em situação de conflito com outros interesses/bens jurídicos. Das três alíneas daquele artigo têm relevo, para o caso de que tratamos, as duas últimas⁶³. Assim, será lícita a recusa, quando da exibição resulte intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (al. b)), ou quando dela resulte violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado – sem prejuízo, neste caso, do disposto no n.º 4 do mesmo artigo (al. c)). Não pretendemos aprofundar este regime, mas nem por isso deixaremos de notar o seguinte.

Afigura-se essencial o respeito pelo princípio do contraditório, dando oportunidade de pronúncia ao requerido (isto não obstante a possibilidade de diferimento do contraditório, no caso de a ordem de colaboração se inserir numa medida de tipo cautelar, e de acordo com o respetivo regime jurídico). Poderá assim o requerido apresentar ao tribunal as razões que tornam legítima a sua

⁶³ É difícil, com efeito, conceber uma hipótese em que a ordem de exibição importe violação da integridade física ou moral do requerido.

recusa em colaborar, eximindo-se de sofrer as consequências (negativas) previstas no artigo 417.º, n.º 2, para o qual o artigo 430.º CPC remete.

No sistema italiano, um dos requisitos (negativos) do dever de exibição diz respeito à inexistência de «grave dano»⁶⁴. Nota SPARANO⁶⁵ que existe um consenso na doutrina no sentido de que o grave dano não se identifica com os reflexos negativos que, da exibição, possam resultar para o requerido, no plano probatório⁶⁶, tratando-se, antes, de evitar indevidas violações da esfera de reserva ou de *privacy* individual⁶⁷, ou de ponderar a existência de outras circunstâncias, das quais possa resultar ser demasiado oneroso para o requerido o cumprimento da ordem de exibição⁶⁸. Quanto ao primeiro aspeto (violações da esfera de reserva

⁶⁴ No sistema italiano, vimos que o artigo 210.º, 1º co. CPC remete para o artigo 118º CPC., estipulando que a exibição pode ser ordenada dentro dos mesmos limites em que o pode ser a inspeção. Para além destes limites, há ainda que atender ao disposto nos artigos 94.º e 95.º do att. CPC (para além das disposições específicas do artigo 212.º CPC), os quais complementam a disciplina prevista no artigo 210.º. Como refere SPARANO, a doutrina enumera, à luz do disposto no artigo 210.º, a existências de duas condições positivas e de duas condições negativas da exibição, ou seja: a existência da coisa a exibir em poder do requerido (seja este parte ou terceiro) e a necessidade de aquisição processual dessa mesma coisa, por um lado, e, a não verificação de *dano grave*, nem de violação de segredo (profissional, de ofício ou de Estado), por outro (VINCENZO SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, cit., págs. 328 e segs.).

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Assim como não coincide com um possível ónus tributário, relacionado com o facto documentado ou com a sua “regularização” (cfr. LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le Prove Civili*, cit., pág. 776).

⁶⁷ LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Le Prove Civili*, cit., pág. 776.

⁶⁸ VINCENZO SPARANO, *L'esibizione di prove nel processo civile*, cit., págs. 559 e segs. Este autor chama a atenção para o carácter meramente eventual ou hipotético – no momento em que o juiz é chamado a pronunciar-se sobre o requerimento de prova – do prejuízo resultante para o requerido (em rigor se devendo, pois, falar em *perigo de grave dano*), referindo, para além do mais, que – sem prejuízo da consideração oficiosa por parte do tribunal – será ónus da parte prejudicada o de chamar a atenção do juiz para as eventuais consequências danosas resultantes da exibição. Ao conceito de grave dano (refere) contrapõe-se, logicamente, o de dano leve, distinção que se deve situar no plano das respetivas consequências – o dano só deve ser qualificado como grave quando seja impeditivo da exibição.

Assim, o facto de ser ordenada a exibição não significa que não possa resultar da mesma um prejuízo para o requerido, prejuízo, esse, que deverá ser tido em consideração pelo tribunal no que concerne à modalidade e às concretas condições da ordem de exibição, de modo a que o mesmo (dano) seja, tanto quanto possível, minorado. Para que não se verifique o requisito, é necessário (segundo o autor) que estejamos perante um dano de natureza extraprocessual, constituindo um prejuízo diretamente resultante da apresentação da coisa, mas não estando relacionado com a possibilidade de se conhecer a prova nela contida, uma vez que tal caracteriza a própria exibição, sendo pressuposto objetivo da mesma. Assim, por exemplo, se o requerido alegar que a procura do documento ou coisa cuja exibição lhe foi ordenada é muito difícil, causando-lhe grande transtorno, ou que é muito difícil que essa mesma busca possa vir a ter qualquer êxito, atendendo às

ou de *privacy* individual), o mesmo está previsto na nossa lei, através da norma do artigo 417.º, n.º 3, als. b) e c)⁶⁹. Mas pode questionar-se se existe fundamento para a afirmação de um requisito geral de proporcionalidade, no sentido de «proibição do excesso». Apesar de o artigo 417.º, n.º 3 CPC não se referir a uma tal causa de não exigibilidade, o princípio da proporcionalidade constitui princípio geral do ordenamento jurídico, devendo ser tido em consideração na interpretação e aplicação das normas processuais. Donde, o juiz possa/deva ter em consideração este princípio, no momento de se pronunciar sobre o requerimento de exibição apresentado por uma parte (o mesmo se aplicando, claro está, quando seja sua a iniciativa da exibição).

Entendemos, assim, que a parte pode legitimamente recusar a colaboração, quando o cumprimento da ordem de exibição seja excessivamente oneroso, competindo, no entanto, ao tribunal fazer esta apreciação, no caso concreto. Esta excessiva onerosidade pode resultar de diversos fatores, tais como, a dimensão ou a dificuldade de reunião daquilo que é requerido⁷⁰. Desta forma, e através de uma leitura elástica do pressuposto da exigibilidade, permite-se que o tribunal pondere

circunstâncias do caso concreto, o juiz deverá enquadrar tais exceções nas condições previstas na lei, o que significa que tal só terá relevo, no caso de o juiz entender que não está verificado o requisito (negativo) da existência de um *grave dano*, ou que é de duvidar da existência da coisa em poder do requerido. Caso contrário, a alegação do requerido apenas poderá relevar no que diz respeito à determinação, pelo juiz instrutor, da modalidade e das condições concretas de efetivação da ordem de exibição (cfr. artigo 210.º, 2º co.) – por exemplo, através da fixação de um prazo mais longo para o cumprimento da ordem; da atribuição de um reembolso ao requerido pelo esforço material que a mesma implica (isto, sem prejuízo do disposto no artigo 210.º, 3º co.); ou da possibilidade de o requerente intervir na busca, com o consentimento do requerido, sob pena de – continuando esta a ser infrutífera – se dar como justificada a falta de exibição.

⁶⁹ De lado deixamos a questão de saber se constitui uma causa legítima de recusa em colaborar, o facto de o cumprimento da ordem de colaboração poder corresponder a uma situação de auto-incriminação, a qual se encontra relacionada com a questão de saber se existe, justamente, um direito à não incriminação.

⁷⁰ Inspiramo-nos naquilo que vimos em relação ao sistema processual inglês, apelando o CPR, a propósito do instituto da *disclosure*, a uma ideia de proporcionalidade, que combina o conceito de relevância com o de utilidade probatória em relação aos custos e ao grau de esforço envolvido no processo de revelação. Assim, entende-se que as partes apenas são obrigadas a revelar aqueles documentos que possam identificar através de uma pesquisa razoável, atendendo-se a fatores como o número de documentos envolvidos, a natureza e a complexidade do processo, a facilidade e o custo da pesquisa, ou o grau de contribuição que esses documentos possam dar para a resolução da questão de facto. Sobre este aspeto, veja-se FERNANDO SILVA PEREIRA, *A responsabilidade das partes no atual modelo processual*, cit., págs. 179 e ss..

outras circunstâncias, e tenha em conta outros interesses, para além daqueles a que o artigo 417.º, n.º 3 CPC se refere, indeferindo o requerimento, por ex., quando entenda que o requerente pretende servir-se da exibição para hostilizar a parte contrária, ou com uma finalidade dilatória⁷¹.

Apenas quando estejamos dentro das fronteiras do requisito de exigibilidade, se pode afirmar a existência de um efetivo dever jurídico de colaboração, fronteiras, essas, que apenas em concreto podem ser traçadas. Nos casos em que os elementos acima referidos (designadamente aquele que diz respeito à onerosidade resultante, para o requerido, do cumprimento da respetiva ordem) não sejam suficientes para se formular um juízo de inexigibilidade, deverá o tribunal tê-los em consideração no plano das condições concretas da ordem de exibição (pense-se, por exemplo, no prazo dado ao requerido para o cumprimento da diligência em causa).

IV. Conclusão

No nosso sistema jurídico, inserido numa família de direito, de raiz romano-germânica, tradicionalmente baseada no princípio «*nemo tenetur edere contra se...*», não se verificou um corte total com este princípio, já que não existe uma obrigação de as partes, espontaneamente, fazerem prova contra si mesmo. Nessa medida, não se leva tão longe, ao contrário do que acontece em sistemas jurídicos como o inglês e o americano, as exigências de um dever de litigar de boa fé⁷². Pelo

⁷¹ São lições que o sistema inglês e americano, através do regime da *disclosure*, nos ensinam. De *iure condendo*, pensando na criação de um regime que com este mais se aproxime, pode encontrar-se no sobredito uma via de resposta às críticas que contra este regime são feitas. No plano do direito constituído, o que vimos de dizer tem menos interesse, dada, justamente, a necessidade de identificação do concreto documento a exibir, e da indicação dos factos que com o mesmo se pretendem provar. Dilui-se, assim, tanto quanto o podemos antecipar, a possibilidade de a ordem se afigurar demasiadamente excessiva, por demasiado custoso ser o seu cumprimento pelo requerido. Na maior parte dos casos, quando o requerimento se fique a dever a uma finalidade meramente dilatória, a finalidade (preventiva) que através de um tal requisito se poderia pretender obter, através deste princípio de proibição do excesso, já se alcança, no entanto (não podemos deixar de o notar), através do (prévio) juiz de admissibilidade probatória a realizar pelo julgador.

⁷² Como nota ERWAN LE GALL (ERWAN LE GALL, «*Le devoir de collaboration des parties a la manifestation de la verite dans les litiges prives. Remarques sur l'adage nem tenetur edere contra se*»,

contrário, o legislador privilegia a proibição da chamada prova exploratória (*Ausforschungsbeweise*), evitando que a parte se sirva da prova com um escopo exploratório: para a aquisição de fundamentos de ação ou de defesa que desconhecia (modelo americano), ou, em todo o caso, de fontes de prova que desconhecia (modelo inglês)⁷³. Trata-se, então, de situações em que uma parte se pretende servir de um documento ou conjunto de documentos, mas não tem possibilidade de os obter, sem a colaboração de vontade da parte contrária. O fundamento do dever de exibição, por mão do princípio da boa fé processual, consiste, pois, na salvaguarda do direito à prova, sendo este, por sua vez, reflexo do direito a uma tutela jurisdicional efetivo⁷⁴. A colaboração é, assim, no nosso sistema, uma colaboração forçada, e destinada a salvaguardar este princípio: se uma parte detém um documento, e o mesmo tem valor probatório na concreta ação, essa parte pode, pelo menos de *iure condito*, não ter o dever de o revelar, mas não tem a possibilidade de não o apresentar, no caso de isso lhe ser concretamente requerido, ou pelo menos não o pode fazer sem sofrer consequências processuais, inclusivamente no plano probatório. Tal pressupõe que a parte se encontre numa

págs. 13 e segs.)), é muito duvidoso que possa afirmar-se a existência de um dever (absoluto) de sinceridade. É mais de um «dever de não mentir» que deve falar-se. No entanto, o adágio *nemo tenetur* parece inserir-se no contexto de um processo organizado como uma luta entre as partes (um «combate ordenado» em que os dois adversários, inteiramente independentes um do outro, procuram vencer sem a menor preocupação pela verdade; ora, esta conceção do processo (assente em bases liberais-individualistas) opõe-se à existência de um «vínculo da instância» (conceção do processo como relação), do qual resulta a existência de direitos e obrigações dos sujeitos processuais. Este vínculo une as partes, constituindo o sinal de que existe no processo uma «solidariedade entre rivais». O aspeto de luta inerente ao processo deve assim ser minimizado – e, não, acentuado; o vínculo jurídico processual assume-se como o suporte técnico de uma exigência de verdade no processo. «*DEMOGUE* chama a atenção para o facto de que em todos os agrupamentos humanos existe uma força de coesão e uma força de deslocação. Assim é nos contratos, por definição. Esta aproximação entre duas instituições aparentemente tão desiguais como o contrato e o processo encontra também expressão na própria jurisprudência que funda geralmente o vínculo jurídico da instância no artigo 1134.º CC. A doutrina contemporânea critica vivamente esta assimilação. Mas, o essencial, para lá da discussão acerca da sua natureza jurídica, é o reconhecimento da existência de um vínculo de instância, enquanto suporte técnico de uma exigência de verdade no processo» (*ibidem*, págs. 17-18).

⁷³ Para nós, é surpreende que, num sistema onde tanto se fala de apuramento da verdade, e de poderes instrutórios do juiz, esse assunto não seja mais discutido. Aliás, os autores ingleses notam isso com espanto, e consideram que existe nisso uma contradição (cfr., *supra*, nota 14).

⁷⁴ Note-se que o direito à prova é tanto da parte onerada com a prova, como da parte contrária.

situação de necessidade probatória, apenas isso justificando o dever de colaboração da parte contrária, havendo, no entanto, outras causas de inexigibilidade.

A razão de ser da indicação específica da coisa a exhibir reside, assim, na finalidade de evitar que uma parte se sirva do instituto da exibição com um escopo meramente exploratório, trazendo para o processo factos estranhos à causa, ou factos ainda nele não introduzidos⁷⁵. O limite mínimo do dever de específica descrição do documento deve, assim, ser dado pela ideia de que a exibição não pode ter um escopo meramente informativo, em ordem à eventual obtenção de novos elementos de prova, sem se saber previamente quais sejam, ou de novos fundamentos de ação ou exceção. Mas não é fácil encontrar o melhor equilíbrio entre, por um lado, a salvaguarda do direito a uma tutela jurisdicional efetiva (de onde resulta que não se deve onerar em demasia o requerente) e a finalidade de prevenir uma prova com uma finalidade exploratória. Creio que se pode dizer o seguinte, em jeito de conclusão. Casos há, em particular quando se trate de documentos presumidos, em que não será necessária uma descrição tão precisa do documento, mas não deve dispensar-se uma referência ao concreto documento⁷⁶, que deve ser identificável (como vimos, num sistema baseado no princípio de responsabilidade das partes, não pode ser tarefa do juiz, pela primeira vez, procurar entre o conjunto de documentos a informação relevante). Isto por um lado. Por outro lado, o juiz deve convencer-se de que o documento ou documentos em causa

⁷⁵ A mesma preocupação deve estar presente, quando a ordem de exibição parte da iniciativa do juiz. Este problema, como referimos acima, levanta problemas específicos, de articulação entre o princípio da oficiosidade em matéria instrutória e o princípio da responsabilidade probatória das partes. Mas, e para além da necessidade desta articulação, a ordem do juiz deve ter por base a alegação das partes (alguma delas há de ter feito referência ao documento), sob pena de se abrir as portas a uma tendência inquisitória. A exibição deve, em suma, constituir um meio de prova que diga respeito a elementos predeterminados, na medida em que são introduzidos pelas partes no processo.

Na Alemanha, alguns autores entendem que o § 142 ZPO representa a introdução de um amplo «dever de esclarecimento» a cargo das partes (*prozessualen Aufklärungspflicht*), como reivindicado por STÜRNER (ROLF STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der parteien des zivilprozesses*, cit., págs. 64 e segs.). SONJA LANG SONJA LANG, *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*, cit., págs. 174 e segs., chama, no entanto, a atenção para o facto de que este autor configura a introdução de um dever geral de informação no quadro de um sistema alicerçado sobre o princípio de responsabilidade probatória das partes.

⁷⁶ Não se dispensar uma suficiente descrição do concreto documento.

são relevantes para a prova de factos introduzidos pela parte no processo, de um modo fundamentado, ou seja, com cumprimento do ónus de alegação fundamentada. Não se prescindindo aqui, naturalmente, de uma avaliação casuística.

Numa frase, e sempre do ponto de vista do direito constituído: partindo do pressuposto de que a parte interessada observou o ónus de alegação fundamentada, é necessário que o documento ou documentos sejam identificáveis, e que o juiz se convença do relevo do mesmo para a prova de factos com interesse para a decisão da causa, e dela necessitados, e que o requerido, contraparte ou terceiro, não invoque uma causa legítima de recusa em colaborar.