

POR UMA PROVA PERICIAL CONCILIATÓRIA E PREVENTIVA

(um contributo para a racionalização na composição
de certos litígios por via heterónoma)

ELIZABETH FERNANDEZ

Resumo: O presente artigo, partindo de experiências vigentes no direito comparado, ensaia a construção de uma solução de ação probatória pericial autónoma de modo a potenciar, ao máximo, a solução de certos litígios, designadamente aqueles que podem ter por objeto a declaração de existência e a quantificação de dano corporal, por via de auto composição e não por via heterónoma. Esta possibilidade permitiria, além do mais, ganhos relevantes na racionalidade da decisão de demandar, uma vez que o resultado probatório – na falta do possível acordo – encerraria em si dados suscetíveis de elucidar dado sujeito sobre a efetiva viabilidade da ação a intentar para o exercício de um direito ao ressarcimento de um dado dano corporal. A ideia central do texto é a de fazer refletir o leitor sobre a circunstância segundo a qual o direito de ação não equivale a admitir a propositura cega de qualquer ação judicial, sem que antes se possa e deva fazer um esforço real e tanto quanto possível objetivo de aferição das reais possibilidades de procedência da mesma.

Palavras-chave: Prova antecipada; prova emprestada; prova pericial preventiva; prova pericial; prova pericial conciliatória.

Sumário: 1. Alguns dados do sistema e a apresentação do tema. 2. A prova destinada às partes. 3. Casos de produção antecipada de prova: experiências nacionais e outras soluções. 4. A recente experiência brasileira. 5. O interesse atendível para efeito de direito à produção autónoma de prova. 6. Situações merecedoras de produção autónoma de prova, em especial da prova pericial. 7. Algumas particularidades do processo autónomo de produção de prova. 8. Sequência: prova emprestada. 9. A preferência pela solução negociada: de regresso às soluções processuais de outras paragens jurídicas.

1. O convite para escrever nesta publicação sugeriu a tarefa de nos debruçarmos sobre a possibilidade de previsão legal de um novo processo especial sobre a determinação do dano corporal. O pedido formulado surpreendeu-nos num momento de investigação centrado na prova, mais precisamente, funcionalizado à valorização da racionalização do acesso à justiça. Dedicamo-nos a estudar e analisar, no âmbito da disciplina de Teoria Geral do Processo, no Mestrado de Direito Judiciário meios de racionalização no acesso à resolução dos litígios por via heterónoma, isto é, recorrendo à via adjudicatória fornecida por um terceiro imparcial.

Neste específico contexto, inspirados em outras paragens jurídicas¹, promovemos o estudo de uma nova ferramenta destinada à facilitação da resolu-

¹ Referimo-nos, em concreto ao artigo 381.º, introduzido no Código de Processo Civil brasileiro, em 2015, o qual passou a prever a possibilidade de produção antecipada de prova não exclusi-

ção de litígios por auto composição. Referimo-nos à possibilidade de produção antecipada de prova, em contexto judicial ou arbitral, no âmbito de procedimento exclusivamente destinado a organizar e permitir a produção de resultados probatórios sem que os mesmos sejam usados naquele processo para adjudicar uma decisão judicial destinada a resolver o litígio².

Basicamente, temos vindo a centrar a nossa análise na possibilidade de uma dada entidade judicial ou mesmo não judicial, poder ser a sede de um procedimento não destinado a adjudicar uma decisão através da qual se resolva o litígio que opõe as partes, mas centrado, apenas, na orientação de um procedimento de produção de provas e na obtenção de resultados probatórios. Estes resultados terão o condão de evidenciar à parte que se arroga ser titular de um determinado direito em litígio decidir esclarecidamente se obterá com a ação judicial um resultado de procedência e de que amplitude, permitindo-lhe verificar, preventivamente, isto é, antes de recorrer ao modelo adjudicatório, se se antecipam as condições suficientes de procedência da concreta ação judicial através da qual pretenda vir a fazer valer aquele mesmo direito.

Estarão a pensar, neste momento, os leitores deste texto: o que é que isto tem a ver com o tema que foi proposto e aceite para esta publicação? Podendo parecer à primeira vista que não há laços de conexão ao tema proposto, uma explicação breve demonstrará que a conexão existe.

Se a temática desta publicação ronda a das questões jurídicas atuais suscitadas pelos acidentes de viação e, dentro desta, também, a da avaliação de dano, em particular, do dano corporal, dir-se-á que as situações reais subjacentes a este tipo de litígios produzem tipicamente relevantes litígios para a produção de prova autónoma cuja análise propomos neste texto.

Justificamos esta tipicidade sublinhando que os litígios que resultam ou derivam de acidentes de viação — os de responsabilidade civil extracontratual ou contratual³ — envolvem direitos disponíveis, dizem respeito, as mais das vezes, ao pagamento de indemnizações ou compensações em dinheiro e envolvem a seguradora ou seguradoras para a qual foi transferido o risco de condução do veículo, as quais, não tendo diretamente participado no evento do qual decorre a responsabilidade civil pretendida, assumem ter apenas um interesse económico

vamente orientada para a preservação do direito à prova, mas também à introdução, em 2006, da perícia conciliatória e preventiva, nos artigos 696.º e 696.º *bis*, do CPC italiano.

² Os §§ 485 e seguintes do ZPO regulam a possibilidade de produção antecipada de prova em perigo de ser tornar impossível ou de difícil obtenção ou ainda fora destes casos, com o consentimento do oponente. Contudo, como à frente haveremos de desenvolver, o §485 (2) permite que umas das partes possa unilateralmente requerer, mesmo quando não esteja pendente uma ação judicial, a produção de uma prova por um experto, mediante apresentação de relatório pericial escrito com a finalidade de estabelecer ou demonstrar certos factos, entre os quais, o estado de uma pessoa ou valor ou estado de uma coisa, a causa de um dano ou defeito e o esforço necessário para o indemnizar ou compensar, sendo certo que o procedimento poderá ser admissível se existir um interesse atendível do requerente, configurado na circunstância de o estabelecimento dos factos ser, naquele contexto, suscetível de evitar a instauração da ação, evitando a necessidade de resolver o litígio por decisão judicial ou permitindo a auto composição.

³ Os quais também podem ser qualificados, em certas circunstâncias, como acidentes de trabalho.

a nortear a resolução do litígio, qual seja o de o seu segurado não ser o responsável pelo evento — e nada ter a pagar como indemnização ou compensação pelos danos, ou, em caso contrário, pagar o mínimo possível pelos danos que o mesmo causou. Não é despidendo, ainda, chamar a atenção para a seguinte circunstância: as partes passivas típicas dos processos judiciais que tais eventos geram não intervieram, nem presenciaram a ocorrência e muitas das vezes, por isso, não têm a noção completa das provas de todos os elementos juridicamente relevantes da mesma, apresentando, ainda, uma ligação com o segurado que pode não propiciar uma facilitação da obtenção dos elementos mais relevantes do evento em causa. Do mesmo modo, pode ainda destacar-se que os lesados, mesmo tendo estado diretamente envolvidos no acontecimento designado como *acidente de viação*, necessitam de provas da chamada *dinâmica do acidente*, muitas vezes, a única absolutamente relevante para a averiguação da ilicitude e da culpa e, até, para a imputação dos danos.

Há, ainda, um outro dado típico que nos parece importante sublinhar. Estamos em crer que na esmagadora maioria dos casos, e curiosamente ao contrário do que, em termos típicos, acontece com litígios com outra causalidade, a resolução dos litígios derivados de acidentes de viação começa com uma tentativa de acordo, ou seja, começa pela auto composição, quer no que toca à determinação do sujeito responsável pelos danos causados pelo acidente, quer quando assumida esta, no que se refere ao montante dos danos a indemnizar e à quantificação dos mesmos.

Apesar disso, as referidas tentativas de auto composição não assentam de modo igualmente típico em dados concretos fornecidos por provas sobre o evento ou as consequências resultantes do mesmo, cujo resultado seja conhecido de ambas as partes ou que tenha sido produzido, pelo menos, com intervenção de ambas. O esforço conciliatório inicial e prévio, aparece, em vez disso, as mais das vezes, como derivando da exclusiva vontade não fundamentada (isto é, não fundamentada em resultados probatórios) de cada um dos envolvidos, pensando, apenas, nos seus interesses pessoais, ou então, alicerçado no conhecimento de resultados probatórios que cada parte produziu para si e que não partilhou com a outra parte ou que não produziu com a intervenção e contraditório da outra.

Qualquer uma destas situações gera uma natural desconfiança mútua relativamente às sucessivas propostas de auto composição apresentada pelos sujeitos envolvidos, quer seja quanto à assunção da responsabilidade do acidente ou, apenas, quanto ao valor de pagamento dos danos que se admite este ter causado. E esta desconfiança — sobretudo quando estão envolvidas no litígio entidades destinadas à obtenção de lucro (as seguradoras) — determina, a nosso ver, que um considerável número de litígios, com esta causalidade específica, não venha a ser efetivamente resolvido por auto composição antes da instauração de uma ação judicial, quando, objetivamente, poderiam ter atingido uma resolução por essa via, sem recurso à adjudicação de uma decisão heterónoma.

Estas considerações — temos que afirmá-lo — são empíricas. Decorrem, não da investigação académica, mas do exercício da advocacia e do conhecimento que julgamos ter da prática judiciária nesta área.

Na verdade, consultadas as estatísticas da justiça mais recentes é possível concluir que, em 2019, das 53.225 ações declarativas (sob a forma comum) pendentes em tribunais de primeira instância, findaram 3.169 diretamente decorrentes de acidentes de viação e que, em 2020, das 50.331 ações declarativas (sob a forma comum) pendentes, findaram 2.918 referentes a litígios relativos ao mesmo objeto⁴. Os dados fornecidos não são, porém, completamente esclarecedores, pois notamos a falta de dois fatores importantes que o sistema estatístico não contemplou: o primeiro, o de saber quantas das ações declarativas comuns pendentes nos referidos tribunais naqueles mesmos anos derivam de litígio centrado em acidente de viação e, segundo, quantos dos processos desta natureza que findaram nos respetivos anos se extinguíram por decisão de mérito ou de forma e, mais importante, se findaram por decisão homologatória de acordo ou por sentença judicial de procedência ou de improcedência.

O conhecimento destes dados específicos seria muito importante para dar sustentação a um segundo sentimento empírico que deixamos acima vertido: o de que uma considerável porção dos processos de responsabilidade civil que dão entrada e pendem nos tribunais portugueses, em primeira instância, findam com acordo homologado pelo tribunal.

Se os dados nos permitissem sustentar a nossa convicção empírica, veríamos legitimada esta nossa percepção de que os acordos nesta área particular de litigância se conseguem, por via de regra, depois da produção de prova e da obtenção de resultados probatórios. E esta legitimação seria da maior importância para sustentar a ideia de que, pelo menos em certos processos, os principais destinatários das provas devem ser (antes do Tribunal) os sujeitos envolvidos no litígio em resolução.

Obviamente que seria do mesmo modo interessante perceber a percentagem dos processos que derivam desta causalidade que são julgados improcedentes (por falta de provas e ou por dúvida do julgador). A tendência numérica do sentido da decisão judicial, não sendo relevante em termos absolutos, poderia permitir-nos descobrir se existe um problema típico de dificuldade probatória nestas ações que justificasse, pelo menos, a opção pela introdução de uma ferramenta de *discovery* ou *disclosure* prévia.

Concluimos esta introdução dizendo ao que viemos. Apresentamos a possibilidade de produção antecipada de prova como forma de racionalizar o acesso à resolução heterónoma da justiça e, em última instância, como forma de melhorar a efetividade da tutela dos direitos e da consequente resolução de conflitos e de litígios em termos gerais e, também, em termos judiciais.

2. Sabemos bem que o que trazemos agora à liça implica uma inversão no modo de normalmente nos posicionamos quando a tarefa é resolver um litígio. Apesar de a prova ser uma realidade extra processual, o que reconhecemos como “normal” é que a prova se produza no âmbito e no contexto de um processo

⁴ Os dados foram extraídos de Processos cíveis findos nos tribunais judiciais de 1.ª instância (justica.gov.pt), por consulta em 30.11.21.

judicial pendente, a propósito de factos controversos seleccionados, sendo que a percepção da sua suficiência ou insuficiência pelas partes (indicada por vezes pelo tribunal em sede de função conciliatória que o sistema lhe impõe) resulta, como sucede com a criação da convicção do Tribunal, da produção da prova por ambas as partes ou determinada pelo Tribunal e pela aquisição dos resultados probatórios por estas produzidos, resultando a decisão final de uma avaliação crítica das provas pelo decisor.

No entanto, se num processo judicial finalisticamente organizado para o escopo da resolução de um dado litígio nos precisos termos concretos em que este foi apresentado pelo autor e pelo réu e através da adjudicação de uma decisão judicial, as provas têm como principal destinatário o decisor (quer se trate de uma decisão judicial ou de um colégio de decisores e quer estes sejam juízes ou árbitros), não é menos verdade que os resultados probatórios resultantes da atividade probatória das partes e do exercício do contraditório na atividade probatória da parte contrária ou da coparte, permitem a todos os sujeitos envolvidos leituras de procedência e de improcedência da ação e juízos de prognose mais ou menos claros sobre o sentido da decisão final, ou seja, sobre a concreta forma da resolução do litígio por sentença. Tal circunstância determina a reavaliação sucessiva e permanente do risco do processo judicial pendente e da adjudicação de decisão heterónoma e é suscetível de justificar acordos em contexto de pendência judicial, incentivando as partes a suspender a instância para negociar para se submeterem à mediação⁵.

Se isto é assim na pendência do processo judicial instaurado com a finalidade de decisão do litígio e após produção de prova (sobretudo da constituenda, mas também da constituída), o mesmo pode concluir-se se os resultados probatórios pudessem ser conhecidos pelos sujeitos que virtualmente poderiam vir a demandar ou ser demandados antes da instauração da ação judicial destinada à tutela do direito em litígio.

Se a produção de prova antecipada pode não ser sempre, e em todo o caso, uma necessidade para o possível demandante ou para o possível demandado medirem a viabilidade ou inviabilidade da ação, é certo que, em muitos casos, esta possibilidade seria suscetível de evitar que muitas demandas fossem instauradas e/ou seria um facilitador para a obtenção de acordos através da utilização de meios auto compositivos, quer estes sejam a mera negociação ou a mediação.

Esta possibilidade seria muito útil, a nosso ver, no domínio da responsabilidade civil, incluindo a causada por acidentes de viação, mas, de igual modo, em outras áreas de responsabilidade mais específica em que, consabidamente, o conhecimento dos factos e das provas existentes em poder de uma das partes é mais parco ou está mais reservado, como sucede, por exemplo, com a responsabilidade civil por ato médico.

⁵ O artigo 273.º, n.º 1 do CPC prevê a possibilidade de que, em qualquer estado a causa, e sempre que o entenda conveniente o juiz poder determinar a remessa do processo para mediação, suspendendo, a instância.

É, por isso, que a propósito deste tema trazemos, agora, à discussão a possibilidade de produção de prova à margem do processo judicial em momento que antecede mesmo a instauração da ação judicial⁶.

3. A possibilidade de produzir prova sobre determinado facto ou factos controversos pode, obviamente, ser objeto de um acordo. Por vontade das partes, estas podem produzir a prova que entendam necessária ou conveniente ou até aquela de que disponham para acertar factos controversos e, assim, potenciar um acordo sobre uma situação, evitando a opção pela via judicial e heterónoma de resolução⁷. Porém, sabemos bem que esta situação não se adequa à atitude adversarial daqueles cujos direitos foram violados e de quem é apontado como violador dos mesmos. Se depender do acordo das partes, a produção antecipada da prova com os objetivos acima apontados só muito dificilmente terá lugar⁸.

No contexto legislativo vigente em Portugal, à exceção de algumas previsões normativas que podem ser usadas como ferramenta para avaliar a viabilidade da ação⁹ e de outras mais recentes que visam reforçar a efetividade da tutela judicial por violação do direito da concorrência¹⁰, não existe ferramenta processual que autorize a produção antecipada de prova, a não ser que tal se justifique para preservação de prova que se considere em perigo de ser perdida se apenas produzida no momento processualmente certo, ou seja, no âmbito de um processo judicial destinado à resolução do litígio e em sede da fase instrutória desse processo.

De facto, em termos gerais, e tirando a hipótese contida no artigo 17.º, n.º 1 da Lei n.º 23/18 de 5 de junho, só se e quando estiver em perigo a produção da prova pericial por inspeção ou a prestação de algum depoimento (de parte)

⁶ Aliás, uma vez que a atividade instrutória das partes não obedece a uma lógica sucessiva, mas, antes, simultânea ou paralela (neste sentido, SILVA, Paula Costa, *Ato e Processo — O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do ato postulativo*, Coimbra Editora, 2003, pág. 119), estamos, até, tentados a afirmar que fazer preceder o processo ou dar início ao mesmo com uma atividade paralela e não sucessiva, adversarialmente orientada pela lógica de ataque-reação, é mais propícia à obtenção de resultados conciliatórios mais conseguidos.

⁷ Esta é uma das soluções previstas pelo §482.º (2) do ZPO.

⁸ Por outro lado, a utilidade destes acordos careceria, as mais das vezes, de vir acompanhada de um acordo de *non petendo*, isto é, da parte que poderia figurar como demandante numa ação judicial se comprometer a não intentar a ação depois da leitura das provas produzidas por acordo que lhe apontassem uma decisão judicial provavelmente desfavorável e da parte do possível demandado a promessa da celebração de um acordo para a resolução do litígio em forma auto compositiva, ou mesmo, poderia vir acompanhada de convenções sobre a reserva ou confidencialidade sobre as provas assim produzidas por acordo, em contexto judicial, caso a auto composição se frustrasse.

⁹ Referimo-nos à intimação para obtenção de documentos, passagem de certidões e consulta de processo previstas no CPTA e, ainda, à ação para obtenção de documentos a que corresponde processo especial, prevista no CPC.

¹⁰ Neste particular, reportamo-nos aos artigos 12.º a 17.º da Lei n.º 23/18 de 5 de junho, o qual transpõe a Diretiva *Private Enforcement*, com a ressalva de que este acesso a meios de prova decorre no âmbito interno da ação destinada a aferir a responsabilidade civil pela violação do direito da concorrência e não em processo autónomo anterior. Desconhece-se, porém, se este pedido de "acesso a provas" será tramitado em momento liminar do processo, depois da contestação ou em qualquer outro momento processual pertinente.

ou testemunhal, no processo judicial tendente a resolver o litígio ou na fase processual destinada à produção de prova neste processo, é possível requerer a produção antecipada.¹¹ Entre nós, conseqüentemente, a produção antecipada é justificada, em termos gerais, apenas pela necessidade de preservação de prova considerada em perigo sério de não poder vir a ser produzida.

Sendo uma antecipação justificada pela proteção de prova alegadamente em perigo, o instrumento em causa não é sistematizado na lei processual civil (ao contrário do que acontece na lei processual administrativa e na lei de arbitragem voluntária¹²) como uma providência cautelar¹³. Por isso, nos casos em que a antecipação da produção de prova precede a instauração da ação correspondente à resolução do litígio que opõe certos sujeitos, a prova produzida não desaparece, não fica eliminada, nem caduca se não for intentada a ação judicial para resolução do litígio tal como alegado no pedido de antecipação, sendo suscetível de manter a sua validade para ser emprestada para a resolução de um outro processo judicial desde que contra a parte contra a qual a mesma foi produzida, ou seja, em respeito pelo contraditório e desde que as mesmas não tenham sido produzida no contexto de um processo que ofereça menos garantias para as partes.¹⁴

Independentemente da natureza que assume¹⁵, o certo é que a produção antecipada de prova é admissível não para satisfazer um direito à prova,

¹¹ Ao contrário do que está previsto nas ações que concernem à responsabilidade civil pela violação do direito da concorrência nas quais, segundo o artigo 17.º, n.º 1 da Lei n.º 23/18 de 5 de junho, qualquer meio de prova (incluída, a prova documental) pode ser preservado (quer haja perigo ou não comprovado da sua perda, uma vez que esse perigo está presumido na solução legal vertida na norma em causa), mediante a concessão pelo tribunal de medidas provisórias urgentes e eficazes, sempre que haja indícios sérios da infração do direito da concorrência suscetíveis de causar danos.

¹² Na qual é qualificada como medida cautelar.

¹³ FREITAS, José Lebre, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2.º, 3.ª edição, 2017, Almedina, págs. 231-232, defendendo que apesar de ser medida cautelar, a mesma não esta submetida ao regime das providências cautelares, designadamente a prova produzida em antecipação não está sujeita a caducidade se não intentada a ação principal, e não tem como requisito da demonstração da probabilidade séria da existência do direito. Da nossa parte, entendemos que já se aproxima mais da qualificação e do regime da providência cautelar a possibilidade de antecipação consagrada no artigo 17.º, n.º 1 da Lei n.º 23/18 de 5 de junho, na exata medida em que muito embora prescindido da exigência formal do *periculum* (que parece estar sobre-entendido existir) exige, por outra banda, para ser deferida, a existência de indícios sérios da violação do direito da concorrência.

¹⁴ Artigo 421.º do CPC. Perante circunstâncias menos garantísticas, FREITAS (nota 11), pág. 236, admite que os resultados probatórios obtidos no processo de antecipação possam valer, nesse caso não como prova autónoma que permita, por si só, a formação de convicção judicial sobre um dado facto, mas antes, como mero princípio de prova.

¹⁵ No CPC italiano e no CPTA português, porém, a produção antecipada de prova é sistematizada como uma medida cautelar, mas a verdade é que a mesma está desprovida da instrumentalidade que caracteriza a tutela cautelar, mesmo quando esta é autorizada para esconjurar um perigo de desaparecimento ou grave dificuldade de produção da prova na pendência da ação e no momento processual destinado para essa atividade. Dito de outro modo, nenhum efeito legal decorre da não utilização da prova obtida por antecipação em ação futura por aqueles que os resultados probatórios obtidos possam ter interesse atendível em utilizar, mesmo quando se trata do requerente.

mas para proteger o perigo de perda e dissipação de modo a desta forma permitir a satisfação de uma pretensão material substantiva que está em crise e cujos factos juridicamente relevantes se pretendem demonstrar através da mesma.

O mesmo não sucede em outros ordenamentos jurídicos nos quais, recentemente, ficou prevista a ação probatória autónoma e nos quais, por via disso, se discute a existência de um direito substantivo à prova ou a certos meios de prova, sendo esta ação o meio processual adequado para a satisfazer e não apenas para a acautelar quando em perigo.

4. Recentemente, passou a dispor o artigo 381.º do CPC brasileiro que a prova pode ser produzida antecipadamente nas seguintes circunstâncias: a) quando se torne impossível ou difícil a produção de uma dada prova, na pendência da ação¹⁶; b) quando o prévio conhecimento dos factos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação ou c) quando a prova produzida seja suscetível de permitir a autocomposição e, finalmente, d) quando, sem carácter contencioso, se pretender justificar a existência de algum facto ou relação jurídica para simples documento¹⁷.

Como refere TALAMINI¹⁸ *produzir provas não é a razão de ser do processo e nem mesmo descobrir a verdade o é*, pois que o processo judicial tem como escopo a resolução de um conflito ou de um litígio com contornos concretos. A ideia é a de que a produção de prova no processo é um meio para a adjudicação da decisão judicial mediante a qual o litígio será resolvido. Um meio, portanto, e não um fim em si mesmo considerado¹⁹.

Se é certo que a instauração de um processo apenas destinado a produzir prova de factos com o objetivo de permitir a celebração de um acordo ou de definir a viabilidade ou inviabilidade de uma ação judicial futura e virtual não está prevista expressamente no ordenamento processual civil português, já não se pode dizer que não existam ações cujo único escopo não seja o de justificar a existência de algum facto ou relação jurídica da qual a lei faz depender o exercício de certos direitos ou faculdades. Podemos convocar aqui, a título de exemplo, o

¹⁶ Hipótese que coincide com a que está prevista no artigo 421.º do CPC, mas apenas para ser produzida antes de intentada a ação em que a prova de dado facto relevante possa ser necessária.

¹⁷ Ao contrário do que sucede no processo civil português, a antecipação da prova é sempre um fenómeno extra processual, pressupondo que a ação ainda não foi intentada. Na pendência da ação, a ferramenta atualizar é o artigo 139.º do CPC, segundo o qual as partes requerem ao juiz a possibilidade de alteração da ordem da produção de prova.

¹⁸ TALAMINI, EDUARDO, «Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015», *Revista de Processo*, vol. 260, ano 41, ou 2016, ed. RT São Paulo, pág. 76.

¹⁹ O interesse processual, aliado, à necessidade de racionalização na prestação da tutela jurisdicional é exigido com base na ideia de que tutela judicial (para a resolução de um dado litígio) só pode ser requerido por quem dela necessitar e na medida em que dela necessitar e desde que não exista um outro modo de atingir o objetivo proposto, não se concretizando o interesse processual quando alguém tem apenas uma dúvida académica ou hipotética sobre a existência de um facto ou de um direito.

processo especial de justificação de ausência, o processo especial de reforma dos autos e o processo especial (e sistematizado como de jurisdição voluntária²⁰) de apresentação de coisas ou documentos, respetivamente previstos nos artigos 881.º e segs., 959.º e segs. e 1045.º e segs., todos do CPC. Todos eles têm uma facilidade comum que não passa por dirimir um litígio.

No primeiro, trata-se de acertar uma dada situação ou estatuto, demonstrando o estado de ausente em que alguém se encontra para que esse estado conste de sentença que possa ser usada por quem pretenda administrar os bens do ausente. No segundo, trata-se de reconstituir um processo judicial que se perdeu ou deteriorou, de modo a que passe a haver prova documental da sua existência e conteúdo e, por sua vez, no terceiro, o processo serve, apenas, como instrumento para que alguém que invoque direito pessoal ou real relativo a certa coisa e que pretenda vir a exigí-la de um possuidor ou detentor a possa examinar para aferir, segundo a alegação e demonstração de um interesse atendível, a existência ou o conteúdo do direito a exercer. O mesmo relativamente a documento em poder de terceiro e em cujo exame exista um interesse igualmente atendível. Mais: é possível a reprodução de documentos ou a obtenção de fotografias de coisas, o que transforma o processo num meio de produção de prova documental²¹.

O que se pretendeu ilustrar com a seleção acabada de elaborar é simplesmente que a ideia da utilização de um processo judicial para obtenção de prova ou apenas para fazer prova de um facto não é novidade no nosso ordenamento jurídico.

A diferença reside, quanto a nós, em dois aspetos. Por um lado, sente-se a ausência de uma cláusula geral que permita a utilização de um processo judicial apenas para este fim, em certas circunstâncias, e que, por sua vez, regule o destino da prova assim produzida. Por outro lado, o sistema ainda não deu os suficientes indícios de assumir que um processo unicamente destinado a produzir prova desempenha uma função crucial no valor da utilização racional do sistema de justiça na medida em que facilita a auto composição de litígios sem recurso previsão à tutela judicial ou esclarece previamente uma das partes sobre a viabilidade da ação a intentar em termos da demonstração dos factos juridicamente relevantes para obter a procedência da ação ou de determinada linha de defesa, contribuindo, assim, para tornar a escolha pela resolução judicial uma escolha mais esclarecida.

²⁰ Há quem integre esta ação probatória autónoma na categoria dos processos denominados de jurisdição voluntária. Não assim TALAMINI (nota 14), pág. 78, para o qual a produção antecipada de prova insere-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha o escopo direto de o resolver e, por outro lado, porque pode criar-se nessa ação um conflito das partes cerca do direito à utilização de certo meio de prova que o juiz terá de resolver.

²¹ A medida cautelar de arrolamento não deixa de ter, em certos casos, uma função probatória, como quando se pretende saber que coisas concretas preenchem uma dada universalidade e, sobretudo, quando o *periculum in mora* não é exigido como pressuposto de concessão da referida medida.

A constatação destas duas omissões do sistema determina que a instauração de um processo apenas para a obtenção e produção de certas provas (antes da instauração de uma ação judicial e ainda que tal prova não esteja em perigo), não seja reconhecido por aqueles que estão em situação de litígio quanto aos seus direitos, como uma ferramenta eficaz de resolução.

A nosso ver, seria interessante pensar numa previsão legal geral que permitisse o uso do processo apenas para a obtenção de provas, de modo a prevenir em termos gerais — e não apenas nos casos contemplados nos artigos 574.º e 575.º do CC — a viabilidade da ação a intentar ou destinada a facilitar a auto composição de um dado litígio pelas partes, incentivadas as mesmas ou pelo menos uma delas pelo resultado das provas produzidas sobre certos factos essenciais sem cuja demonstração bastante a tutela judicial que se pensa vir a requerer não poderá ser concedida pela via heterónoma.

Estamos em crer que qualquer um dos desideratos gerais apontados (determinar antecipadamente a viabilidade da ação a intentar e favorecer a composição do litígio por acordo) são finalidades relevantes num sistema judicial que assumidamente se considera em crise crónica de atraso na administração da justiça e ao qual frequentes vezes é apontada a dificuldade em proferir decisões em tempo *razoável*²².

5. O que precede não significa o direito a produzir prova *ex ante* do processo judicial, em qualquer circunstância. Do que se trata é de exercer o direito à prova nos casos em que existe um interesse jurídico atendível que justifique o seu exercício autónomo em contexto anterior ao da instauração de ação, com vista à resolução de litígio que opõe determinados sujeitos. Os interesses para os quais a lei permite o exercício autónomo do direito à prova são aqueles que ficaram expressamente elencados no artigo 381.º do CPC brasileiro — e que poderiam ser adotados pelo ordenamento jurídico processual português²³ e, ainda, aqueles outros que, ainda que de forma menos visível, constam dos artigos 574.º e 575.º do CC.

²² No dizer de TALAMINI (nota 14), pág. 77, modernamente, a disciplina legal, o estudo e aplicação concreta das *ações probatórias são enriquecidos pela constatação da existência de um direito autónomo à prova, superando-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes*. Como o autor sublinha, reconhece-se que a *partes (dúvida) têm em relação às partes não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, mas o direito à produção da prova antes e independentemente do processo por uma série de razões* entre a quais militam a avaliar as chances de uma futura e eventual contenda judicial estimar os custos de tal disputa, verificar os termos de um possível acordo com o adversário. Em suma, o autor considera que, não perdendo o seu caráter de instrumentalidade, a prova não se destina apenas à demonstração dos factos dentro de um processo, podendo, também, fornecer balizas às partes, nas matérias *supra* elencadas.

²³ Embora a doutrina tenha vindo a defender que o elenco das situações vertidas no artigo 381.º do CPC brasileiro não é taxativo e permite a valorização de outros interesses atendíveis, como, por exemplo, a produção judicial de prova para que se possa subsidiar futuro requerimento ou defesa na esfera administrativa, uma vez, que a prova produzida perante juiz se reveste de maiores garantias do que a produzida perante a administração e tal poder funciona como uma vantagem para o sujeito requerente de qualquer prestação administrativa. TALAMINI (nota 14), pág. 85.

Trata-se de um interesse de produção autónoma de prova justificado pelo perigo de perda ou pela necessidade de racionalidade de acesso a uma composição heterónoma do litígio ou, ainda, por uma outra vantagem suficientemente válida justificada por uma restrição probatória prevista num outro procedimento.

A ideia seria, portanto, usar esta ferramenta quando a prova, em si, assuma um valor autónomo para a demonstração de um facto em ação onde apenas é admitida prova documental, quando a prova assuma uma função facilitadora da auto composição (o que deve ser explicado em concreto) ou permita à parte uma escolha não totalmente aleatória, mas antes, esclarecida, entre acionar ou não acionar em função dos resultados probatórios obtidos.

A nosso ver, e sob pena de se produzir uma indesejável perda de eficácia do sistema que contrarie a finalidade da ferramenta processual em causa, as situações em que o direito à prova assume um valor autónomo têm de corresponder a situações inequívocas quanto à viabilidade dos fins envolvidos com a sua produção, quer quanto à essencialidade dos meios de prova que se pretendem antecipar no que se refere à capacidade de resolução do litígio subjacente, sobretudo em futuro contexto judicial ou arbitral. Esta solução tem de ficar devidamente resguardada de se poder transformar em espaço de produção de toda a prova que se produziria na ação judicial através da qual se pretenderá, em última análise, conseguir a resolução do litígio. Ganhará, assim, autonomia para ser produzida com esta finalidade e, conseqüentemente, neste contexto prévio, aquela sobre a qual se pode tecer um juízo não só de pertinência e relevância, mas também de essencialidade, no sentido de se poder concluir que a mesma se apresenta como decisiva para produzir a criação da convicção do decisor em eventual e futura ação judicial ou arbitral.

Merece, também, esta produção autónoma aquela que, dadas a circunstâncias concretas do caso, é suscetível de permitir cedências ou maiores cedências dos envolvidos na situação, através do encetar ou de mediação, conciliação ou negociação ou da continuação das mesmas antes suspensas ou, mesmo, frustradas. Basicamente, a produção autónoma de dada prova (a sua produção em termos principais e não meramente incidentais é essencialmente instrumental como forma de permitir a adjudicação de uma decisão através da qual se vai decidir ou resolver dado litígio), é admissível como pretensão judicial autónoma sempre que na mesma possa ser reconhecida uma função diversa da mera demonstração da realidade dos factos.

E esse reconhecimento tem de ser obviamente feito a partir das concretas circunstâncias do caso concreto e do direito que se pretende vir a exercer ou do litígio que se pretende vir a resolver e, ainda, da natureza decisiva ou especialmente determinante da prova para a realização de qualquer uma das finalidades (extra demonstração da realidade dos factos controversos) para a qual se orienta finalisticamente.

Em suma: o interesse processual na produção autónoma de prova tem de ser especialmente qualificado e ultrapassar a instrumentalidade normal que a prova sempre apresenta para permitir (pelo menos em parte) a adjudicação da decisão. Se tal não acontecer, o sujeito apenas terá interesse processual

de produzir a prova como forma de demonstração dos factos no âmbito de um processo judicial ou arbitral destinado a dirimir o litígio e, por isso, deve ser apenas admitido a produzir a mesma no âmbito do processo judicial destinado a resolver o mesmo.

6. Concretizando, seria admissível — se houvesse disposição habilitante que o permitisse — a instauração de uma ação autónoma probatória por um lesado, em acidente de viação, na hipótese de a seguradora já ter admitido a ilicitude e ou culpa do segurado, sem aceitar, no entanto, que, certos danos, tenham decorrido desse mesmo comportamento e, por conseguinte, se tenha frustrado acordo quanto ao *quantum* dos danos corporais a indemnizar. O objetivo desta ação — centrada apenas em permitir a produção de prova pericial — seria a de retomar e finalizar, com êxito, a auto composição do litígio ou o de permitir ao lesado (sem ter de demandar) ou à seguradora (sem ter de ser demandado) a possibilidade de medir de modo mais fundamentado o risco de demandar ou de ser demandado. Produzida essa prova sem resultados satisfatórios para o potencial autor, este poderia optar por não intentar demanda destinada a tutelar o direito de que se arroga titular ou, sendo os mesmos resultados muito satisfatórios para os seus interesses poderia intentá-la com maior clarividência, se antes um acordo não se celebrasse por iniciativa da seguradora. Assim, a avaliação do dano corporal — tipicamente demonstrada por prova pericial — nomeadamente em situações em que a imputação do comportamento lesivo não é controversa, seria uma ferramenta processual que poderia tornar a auto composição do litígio numa forma verdadeiramente alternativa de o resolver.

Creemos, aliás, poder dizer existir consenso na comunidade jurídica em geral de que a produção de prova pericial é a responsável em primeira linha pela demora na administração da justiça, ficando a adjudicação da decisão dependente (muitas vezes, anos) da produção completa deste meio de prova, mormente quando a responsável pela produção da mesma é o INML. Se assim é, e enquanto não se introduzem soluções e meios que poderiam dar maior eficácia à produção desta prova e acelerar a mesma, porque não facultar e até incentivar²⁴ que antes da instauração de ação indemnizatória, se comece precisamente por instaurar um procedimento judicial sumário e exclusivamente destinado a permitir às partes conhecer a existência de danos, a sua extensão e o nexo de causalidade dos mesmos?

Ao ponderar esta possibilidade pensamos ainda num outro contexto propício para a autonomização da prova: o da investigação da paternidade. Partindo do elevado grau de convicção que um exame de ADN produz no sentido de se considerar demonstrado o facto de determinado sujeito ser pai de outro, não poderia facultar-se ao pretense filho ou ao pretense pai a faculdade de requerer a

²⁴ Por exemplo, diminuindo as custas processuais e ou entregando as perícias antecipadas a uma entidade específica, distinta daquela que se ocupam das perícias intraprocessuais e que fosse capaz de as produzir de modo mais célere e rotativo ou admitir que cada parte pudesse produzir a sua perícia as quais seriam autónoma e criticamente avaliadas pelo juiz na criação do seu convencimento.

submissão do outro à realização deste exame pericial? Continuará a fazer sentido que o primeiro passo seja o de intentar uma ação judicial na qual a prova pericial por realização do exame de ADN será a mais das vezes a prova determinante quando bastaria permitir que, antes de qualquer ação, ambos pudessem ser convocados para se submeter a tal prova? Obviamente que qualquer resultado que fosse assim obtido não permitiria a auto composição, uma vez que o direito em causa tem natureza indisponível, mas poderia favorecer a perfilhação, em alguns casos e, noutros, em que tal não fosse possível, ou em que se tornasse necessário anular um outro vínculo de filiação existente, permitiria que os envolvidos pudessem avaliar a viabilidade de intentar a ação com aquele objeto contra certa pessoa (ou até contra várias em caso de fundada dúvida), optando por apenas peticionar o estabelecimento da filiação por sentença quando o resultado daquela perícia permitisse conclusões seguras em relação a determinada pessoa²⁵.

Poderia ser relevante ainda a utilização deste mecanismo quando houvesse dúvida fundada sobre se determinado acidente pode ser qualificado como acidente de trabalho e, sobretudo, para permitir opções que possam ultrapassar o risco acrescido do risco de instauração. Para além da especialização da competência o regime legal do ressarcimento dos danos é — como é sabido — completamente diferente. Não se justificaria em primeiro lugar produzir prova (por exemplo, prova testemunhal direta e ou prova documental) que desse, pelo menos, a hipótese ao lesado de ter uma ideia mais fundamentada sobre a qualificação do acidente por si sofrido?

Há, porém, um núcleo de situações que são candidatas típicas do exercício autónomo do direito à prova. São aquelas em que o sujeito que é titular de um dado direito violado ou em risco de violação não tem acesso a documentação existente na posse de terceiro e/ou da pessoa a quem imputa essa violação ou ameaça de violação, documentação, essa, que só por si, permitiria a demonstração de um facto do qual depende a procedência da ação que poderia vir a intentar.

No exercício profissional já privamos de perto com uma situação em que tal circunstância se revelou de modo particularmente intenso. Tratou-se de caso em que um determinado sujeito não procedeu ao pagamento de um prémio de seguro destinado a garantir o pagamento do mútuo bancário em caso de incapacidade superior a 70% do mutuário e proprietário do imóvel hipotecado em garantia. Em período concomitante com o incumprimento do contrato de seguro, o mesmo ficou gravemente doente e, obtida a declaração de incapacidade decidiu participar o sinistro junto da seguradora. Esta negou a indemnização, alegando que o prémio do seguro não tinha sido pago, o que efetivamente era facto assente do qual o mutuário não podia em boa-fé negar. Tal falta de pagamento havia determinado a anulação da apólice que titulava aquele seguro, o que lhe havia sido já comunicado por carta.

²⁵ Em algumas situações, o resultado probatório teria a vantagem de permitir um processo judicial simplificado e, portanto, mais célere, com menos custo económicos e sem o mesmo nível de impacto emocional e psicológicos para as partes e suas famílias.

Tratando-se, porém, de seguro de grupo o regime legal correspondente dispõe que a falta de pagamento do prémio não pode ser oponível ao banco mutuante se a seguradora não tiver comunicado àquele que o mutuário não pagou o prémio, de modo a dar-lhe a possibilidade de se lhe substituir, pagando esse prémio antes da anulação do contrato de seguro por falta de pagamento de prémio. Portanto, no modo como então interpretamos o regime legal em causa, a anulação do seguro só é oponível ao banco se tiver havido tal interpelação da seguradora, nos termos previstos na lei (escrita e com registo)²⁶.

A viabilidade da ação que viesse a ter por objeto a exigência do pagamento do valor do contrato de mútuo em falta pela seguradora ao banco e das quantias pelo mutuário pagas ao banco como prestações depois da data declarada para a ocorrência do sinistro dependia de um facto muito específico: o de a seguradora ter cumprido, nos termos e forma legalmente previstos aquela obrigação de comunicação.²⁷ Se tal comunicação tivesse existido e o banco tivesse podido exercer aquele direito, a ação judicial que visava condenar a seguradora no pagamento ao banco do valor das prestações vencidas desde o sinistro e vincendas desde então, não teria viabilidade. Pelo contrário, se tal comunicação escrita não tivesse sido enviada e rececionada a ação poderia ser viável, apesar da falta de pagamento do prémio. A opção mais racional não será a de se intentar uma ação na qual se alega um facto negativo (não envio de tal comunicação) na esperança de poder vir a demonstrar durante o processo a realidade do mesmo, pois esta alegação não se baseia no efetivo conhecimento de que aquela comunicação não tinha tido lugar, mas apenas na invocação deste facto na esperança de que a mesma tivesse falhado.

²⁶ É o que decorre do artigo 204.º da Lei do Contrato de Seguro. “*Estamos, por conseguinte, perante negócios jurídicos em que o “tomador do seguro” contrata em nome próprio, mas no interesse de um terceiro (concretamente o mutuário que adere ao mesmo para preencher as condições de concessão de crédito para habitação), sendo, porém claro que a finalidade prosseguida por aquele, ao realizar o seguro coletivo, é a de assegurar a restituição da importância emprestada perante a verificação de um sinistro que prejudique o normal cumprimento das obrigações dos mutuários, com a vantagem que para estes resulta de se verem protegidos perante a ocorrência do infortúnio garantido — a morte ou a invalidez absoluta e definitiva — que lhes não permita ou dificulte o pagamento das prestações do crédito contraído.*” — Extraído do acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto no processo n.º 22355/15.2T8PRT.PI, em 15.11.2018.

²⁷ Na ação em causa, o autor defendia que para que a anulação/resolução operada pela apelante produzisse, de pleno, os seus efeitos, tornar-se-ia necessário que a seguradora tivesse interpelado o banco credor do mútuo para se substituir ao segurado no pagamento do prémio vencido, funcionando essa interpelação como condição de validade pela daquela anulação, pois o vínculo contratual não pode considerar-se extinto, por resolução, relativamente ao segurado e permanecer em vigor em relação ao beneficiário com designação irrevogável, por essa resolução lhe ser inoponível, pelo que para evitar esse resultado e, consequentemente, para que a resolução do contrato de seguro de vida, em que haja beneficiário com designação irrevogável, seja plenamente eficaz, para além da demonstração do fundamento resolutivo, é necessário que se mostre cumprida aquela interpelação o que, no caso, o autor alegou não ter ocorrido, apesar de ser facto de que não tem conhecimento pessoal, por pertencer apenas à esfera de conhecimento privado do réu banco ou do réu segurador. Portanto, atento o direito que o autor pretendia invocar — que o contrato seguro não tinha sido válida e eficazmente resolvido —, afigurava-se crucial que ficasse demonstrado — como alegado — que aquela comunicação da seguradora ao banco não tinha tido lugar.

Não estando a prova em perigo e não sendo possível produzir antecipadamente a mesma para a acautelar (já para não nos referimos à não possibilidade legal de produção antecipada de prova documental) foi ponderada a utilização do processo especial para apresentação de documentos. Mas logo se percebeu que esta opção ainda que pudesse ser alicerçada no artigo 574.º do CC, dificultaria muito ou desproporcionalmente o exercício da ação por parte do lesado, uma vez que a forma como a mesma está organizada (de modo em tudo coincidente com o de qualquer ação cujo objeto é resolver dado litígio), implicava a necessidade de contestação, de produção de prova das posições das partes, a necessidade da emanação de uma decisão judicial que ordene a apresentação do documento e, ainda, a admissibilidade de recurso. Demos conta, então, que o processo especial para obtenção de documento não fora gizado para ser instrumental da decisão fundamentada de demandar, mas antes para o exercício normal de um dado direito. Intentar essa ação, apenas com tal desiderato, poderia ter significado gastar dois anos antes de intentar a ação através da qual o lesado pretenderia obrigar a seguradora a pagar a indemnização em causa ao banco e, por isso, a ação foi intentada alegando entre o mais um facto (a não existência da comunicação referida) desconhecendo completamente se a mesma tinha ou não sido realizada.

Tivesse sido possível num processo sumário, sem direito a recurso e com um contraditório limitado ou contido requerer a obtenção de tal documento perante juiz e logo aí teria sido possível aferir se a ação tinha ou não viabilidade para proceder, dependendo de o documento não ser apresentado por invocação da sua não existência, pela apresentação de documento que não reunisse as formalidades legais ou de o mesmo ser apresentado na forma legal imposta.

A sorte esteve então do lado do lesado pois, apesar de o banco alegar a existência da comunicação escrita, não a logrou apresentar na execução do dever de colaboração em sede instrutória, tal como requerido pelo autor. Se assim não tivesse sido, isto é, se no decurso da ação e, até, em sede de contestação, tal documento tivesse sido junto pela ré seguradora, tal determinaria a improcedência da ação, talvez mesmo, de modo prematuro, no despacho saneador. Por outro lado, se a seguradora confrontada com a necessidade de junção de tal documento em momento antecipado à ação tomasse consciência de que a falta deste documento permitira a procedência da ação, ficariam criadas condições mais benéficas do que as anteriormente existentes com vista à resolução do litígio por auto composição.

7. Sumariado que está o interesse atendível necessário para produzir prova de modo autónomo e os casos concretos em que este meio poderia ter impacto numa racionalização de acesso à justiça, cumpre notar que o interesse processual na utilização de um processo apenas destinado à produção de prova é independente da posição jurídica ativa ou passiva, ou seja, de futuro ou virtual demandante ou demandado. Com efeito, o valor jurídico intrínseco inerente ao favorecimento da celebração de um acordo ou de saber se a ação que irá instaurar ou que contra si poderá ser instaurada é viável apresenta-se comum ao autor e ao réu ou, ainda,

alguém que possa intervir na posição de qualquer um deles.²⁸ Apesar de não se esperar contestação sobre a pretensão de mérito que poderá vir a ser deduzida depois de produção de prova²⁹ — a não ser à determinação do interesse processual em causa — devem ser incluídos num processo desta natureza aqueles que numa futura e virtual ação possam vir a figurar como demandados ou até como partes acessórias passivas, pois, de outro modo, ficará comprometido o empréstimo da prova produzida ao processo que se venha a intentar de que aqueles venham a ser partes principais ou secundárias, por a mesma não se ter produzido na sua presença e com a faculdade de exercício de contraditório.

Por isso, atentas as suas finalidades instrumentais, a possibilidade de produção autónoma de prova assume natureza sumária e, quando o pedido não decorrer da existência de um contencioso, mas, por exemplo, apenas de uma necessidade de justificação, não haverá citação.

Em qualquer caso, nunca haverá valoração da prova pelo juiz perante a qual a prova é produzida, uma vez que o processo se esgota nesta produção e não tem por fim a resolução de contencioso subjacente, por isso, a prova destina-se às partes (a criar o convencimento destas para um determinado fim, como a instauração ou não instauração da ação ou criação de maior tendência para celebração de acordo) e não ao Tribunal.

Finalmente, a admissibilidade da produção da prova nestes termos é irrecorrível, sendo apenas possível impugnar a decisão que negue integralmente a antecipação nos termos requeridos³⁰.

8. É curioso sublinhar que parece admitir-se a proposição de provas a pessoa diversa do requerente e que este mandou citar para exercer o contraditório quanto à prova ou para conseguir a produção da mesma com a sua colaboração. Estes, no exercício do contraditório, podem aproveitar, desde que evidenciem, também, um interesse atendível autónomo, a produção de provas, desde que apresentem interesse atendível em tal atividade perante o objeto de uma futura e eventual pretensão do autor ou da defesa que possam vir a apresentar e a mesma não implique excessiva demora ou mesmo manobra dilatatória. No caso em que esta acumulação probatória comprometa a celeridade que o processo sumário supõe este poderá sempre exercer autonomamente a ação probatória. Deve ter-se presente que uma vez produzida a prova requerida neste procedimento, a mesma fica disponível para ambas as partes envolvidas ou até para terceiros, de modo a poder ser usada em processos judiciais futuros para os quais os resultados probatórios ali obtidos se possam revelar como relevantes. Pelo mesmo motivo, uma vez instaurado o processo não pode admitir-se a desistência

²⁸ Neste sentido, TALAMINI (nota 14), pág. 89.

²⁹ TALAMINI (nota 14), pág. 94. O autor critica a expressão contida no artigo 382.º, § 4 do CPC brasileiro, segundo o qual na ação probatória não se admitirá defesa, restringindo esta expressão a situações mais limitadas para poder compatibilizar o regime com os ditames constitucionais do processo que pressupõem o exercício do contraditório.

³⁰ De notar que as regras que determinam a competência para a instauração desta ação probatória autónoma não previnem a competência da ação judicial eventual ou futura.

do mesmo, antecipando-se a vigência do princípio da aquisição processual mesmo quando o processo não tem como desiderato a formação da convicção do tribunal, embora possa servir para criar essa convicção no futuro através do empréstimo da prova produzida no seu seio.

No final será emanada uma decisão que não serve para dirimir o litígio cujos contornos, aliás, nem sequer foram discutidos, mas apenas para declarar a regularidade da prova produzida (e condições de igualdade em contraditório) para eventual uso subsequente da mesma. Nesse processo eventual e futuro, o juiz (que poderá até ser o mesmo) poderá valorar a prova produzida, mas não fica vinculado a receber a mesma tal como foi produzida, pois pode ordenar o complemento ou repetição da mesma na sua presença. Trata-se, como refere TALAMINI, de prova incompleta, pois a aferição definitiva da sua validade e da sua valoração apenas poderá ocorrer no processo em que a mesma vier ser usada para adjudicação de decisão, pelo que, não produzindo aquela decisão qualquer vinculação, faltarão interesse processual na repetição da prova mediante nova ação a não ser que seja para um outro objeto processual³¹.

Resulta patente que a prova assim produzida nesta ação poderá ser usada pelo autor em ação futura ou pelo réu nessa mesma ação, vigorando um princípio de comunhão de prova³². A mesma ficará disponível durante um determinado período e entregue ao autor ou deixada em arquivo digital. Se um terceiro pretender usar essa prova contra alguém que tiver participado na produção da mesma em regime de contraditório poderá requerer a sua entrega ao autor e em caso de este se recusar a proceder a tal entrega em determinado prazo, poderá este terceiro obrigar a tal prestação por via de ação probatória autónoma na qual apresente interesse legítimo nos tempos exigidos³³.

Se a prova produzida não desincentivar o autor de intentar ação ou não conduzir à auto composição do litígio, a mesma funcionará num outro processo judicial como prova emprestada³⁴, nos precisos termos em que tal possa ser admitido³⁵.

³¹ TALAMINI (nota 14), págs. 98-99. Já não assim se a produção tiver sido negada, mas concorrerem outros argumentos que justifiquem o interesse atendível num novo pedido.

³² TALAMINI (nota 14), pág. 99.

³³ Uma vez decretada a produção não existe prazo para a propositura de ação onde tal prova possa ser usada, ou seja, a prova não tem especificamente e por este motivo um prazo de validade para ser usada, podendo nunca vir a ser usada judicialmente, ou podendo ser usada para fim diverso do fim para a qual foi solicitada a sua produção. A questão central é que a utilização dessa prova em outro processo ou procedimento tem de ter como ponto comum aquele contra a qual a prova pretende ser usada. Aliás, mesmo que o interesse atendível tenha carácter cauteloso (proteção de prova em perigo), também não existe o ónus da propositura da ação principal. Isso mesmo decorre, também, do sistema português de produção antecipada de prova e parece perfeitamente admissível que essa prova possa ser usada em ação para a qual se torne relevante, até por um terceiro, que tenha conhecimento da existência da mesma, desde que aquele contra a qual a mesma vai ser usada por este tenha participado de modo contraditório na sua produção.

³⁴ TALAMINI, Eduardo, «A prova emprestada no processo civil e penal», *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n.º 140 ou/dez. 1998, págs. 145 a 162. Entre nós, FREITAS (nota 11), pág. 236.

³⁵ No sistema português, tal só será possível nos termos do artigo 421.º do CPC, o qual prevê as condições em que prova pode apresentar valor extraprocessual, quer esta tenha sido obtida

9. Retomemos, agora, aquilo que toca de perto com o tema da publicação onde o mesmo se insere. O direito às provas ou o direito de as produzir antes de decidir intentar uma ação pode i) facilitar que o litígio se resolva por auto composição; ii) pode permitir maior esclarecimento e maior objetividade de um sujeito na decisão de demandar. Qualquer uma das finalidades tem vantagens evidentes para os envolvidos no litígio (dividir o risco do processo de forma mais objetiva e mais celeremente; não demandar sem conhecer as condições de viabilidade da ação, evitando custos, que podem ser altos). Mas não só. As vantagens também se podem repercutir na racionalização do acesso à justiça, pelo menos aquela que é requerida junto dos tribunais e isso poderia ter um impacto significativo ao nível do tempo de resolução dos litígios, beneficiando a existência de processo equitativo quanto ao tempo razoável de decisão e diminuindo os custos do mesmo.

Existe, porém, um risco a considerar. Este é o da previsão de uma cláusula geral de produção antecipada de prova, desprovida da finalidade cautelar poder não produzir a racionalidade pretendida, transformando-se antes numa duplicação de meios processuais.

Esse risco estaria, a nosso ver, devidamente neutralizado no caso de se restringir esta solução à prova pericial. Na verdade, os dados pré constituídos demonstram, pelo menos empiricamente, que os resultados de uma prova pericial são aqueles que apresentam, para as partes, elevada capacidade dirimente³⁶. A perícia é aquele meio de prova que, por comparação com os demais, melhora sensivelmente a capacidade de prognose sobre o futuro sentido da decisão de mérito.³⁷

Foi precisamente este o entendimento do legislador italiano, o qual, seguindo o rumo da doutrina mais significativa admitiu a possibilidade de, independentemente da urgência³⁸, os resultados probatórios do mesmo poderem ser usados

em processo apenas destinado a este fim ou em outro processo judicial destinado a dirimir um dado litígio. No sistema processual brasileiro esta possibilidade está vertida no artigo 372.º do CPC/2015. A questão central para a o empréstimo da prova na adjudicação de decisão num outro processo assenta na circunstância de a prova emprestada ter sido produzida com o contraditório daquele contra qual pretenda ser usada e nas garantias do processo em que este foi obtido serem equivalentes àquelas daquele em que a mesma vai ser usada para demonstração de facto alegados ou para contraprova de factos alegados em defesa, sob pena de apenas poder valer não como prova que permita, legítima ou sustente a adjudicação de uma decisão satisfativa ou meramente cautelar, mas apenas um mero princípio de prova (o qual, podendo fundamentar a produção de certo efeitos e decisões não é standard probatório suficiente para adjudicar decisão judicial que dirima o litígio).

³⁶ ANSANELLI, Vincenzo, «Le prove a futura memoria», in *La Prova nel Processo Civile (a cura di Michele Taruffo)*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pág. 173.

³⁷ ANSANELLI (nota 32), pág. 173, que se refere a este meio de prova como tendo intensa potencialidade probatória.

³⁸ Este é o nosso entendimento da solução legal italiana, a qual porem é combatida pelos negacionistas do reconhecimento desta função à prova pericial no sentido de que tal utilização preventiva ou conciliadora da prova pericial só será possível quando concorrer a urgência na produção da mesma e alguns casos, quando a perícia recaia sobre pessoas do demandante ou do demandado, exigindo o consentimento destes para o efeito. Dando conta deste estado de coisas e discordando do mesmo, ANSANELLI (nota 32), págs. 180-181.

para prevenir uma ação ou para obter conciliação, criando a *consulenza tecnica conciliativa* e a *consulenza tecnica preventiva*³⁹. A prova, neste caso a prova pericial, acumula com a função de demonstração da realidade dos factos, uma função conciliatória e uma função preventiva. Em sentido semelhante, o ZPO no seu § 485 (2) tipifica um procedimento probatório independente, no âmbito do qual quando uma causa ainda não estiver pendente, uma das partes pode solicitar por escrito a avaliação por um especialista se tiver interesse legal em garantir o estatuto de uma pessoa ou condições e valor de uma coisa, a causa de danos ou ferimentos pessoais, danos materiais ou defeitos de uma dada coisa, ou dos danos e da reparação dos defeitos da coisa. O interesse juridicamente relevante para a utilização deste procedimento independente é a circunstância de o resultado daquela avaliação pericial escrita poder servir de base para evitar a instauração de uma ação judicial em que aqueles factos possam ser relevantes, sendo certo que o tribunal pode convidar as partes a proceder a uma discussão oral com vista à realização de um acordo.⁴⁰ O procedimento probatório independente alemão determina que, caso não exista conciliação, ao requerente das mesmas seja fixado um prazo para intentar a ação, sendo certo que se o prazo não for respeitado tal apenas terá como consequência que o requerente deverá pagar os custos daquele procedimento ao requerido, no que ficará condenado⁴¹.

Fora da hipótese precedente apenas poderá ser requerido procedimento probatório independente para prova pericial (extensível também prova por inspeção ou testemunhal) a pedido de uma parte com a concordância da que se antevê como parte contrária (isto é, por consenso) ou, unilateralmente, para assegurar prova que está em perigo de desaparecer ou de se tornar de difícil produção⁴².

Pensamos que se nos conseguirmos distanciar suficientemente da ideia de tutela cautelar e mesmo relativamente à qual já não se reconhece uma instrumentalidade essencial e forte, mas antes *remota* ou *meramente hipotética*⁴³, a admissibilidade de produção de prova pericial para aferir o dano corporal poderia ser uma forma eficaz de evitar demandas que se antecipem sem o êxito pretendido e favoreceria a celebração de acordo entre os sujeitos envolvidos com inequívocos ganhos em aceitação e celeridade na realização da justiça.

Em alternativa a esta solução, e em caso de antecipada resistência à previsão geral ou especial de um procedimento probatório independente destinado

³⁹ Importam os artigos 696.º bis do CPC it, que prevê a (*Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*) e que basicamente determina que “L’espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell’articolo 696 [isto é, sem a concorrência de urgência] ai fini dell’accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696.”

⁴⁰ A decisão que concede o pedido deve identificar os factos sobre os quais as provas devem ser tomadas, mas a decisão não é recorrível.

⁴¹ §494a ZPO.

⁴² §485 (1) ZPO.

⁴³ Assim dá conta, ANSANELI (nota 32), págs. 183-184.

aos fins conciliatórios ou preventivos da demanda, poderia sempre pensar-se (até experimentalmente) em solução menos radical que, não sendo destinada a evitar a instauração da demanda, permitisse, ainda assim, que resultassem incrementadas e potenciadas, num momento ainda embrionário do processo, as efetivas possibilidades de acordo. Pensamos na possibilidade de nas ações em que se discute a existência de um dano corporal, sua causa e valor, ser pelo menos possível ao juiz por intervenção liminar no processo determinar a produção de prova pericial sobre certos factos que competiria às partes elencar ao que se poderia seguir um momento conciliatório nos termos que já estão previstos ainda em sede de audiência prévia. A ação não se iniciaria com articulados, mas com uma audiência oral precedida de pedidos simplificados na qual as partes elencariam sumariamente os factos a demonstrar por perícia ou, em alternativa, as partes produziriam cada uma delas uma perícia sobre os factos em causa. A vantagem seria a de que, antecipando o momento típico de produção de prova determinante num processo deste tipo, a conciliação e ou mediação poderia tornar-se muito mais eficaz porquanto levada a cabo pelo tribunal⁴⁴ depois da produção da prova em causa e não em momento anterior à mesma.

A solução que se deixa aqui sugerida para além de poder contribuir, a nosso ver, para a racionalização do acesso aos tribunais com ganhos para os sujeitos e para o sistema judicial em geral, assenta na máxima de que *sempre que a solução possa decorrer do acordo das partes este deve se preferido*⁴⁵, pois a decisão judicial ou arbitral nem sempre assegura este fim, visando apenas dirimir o litígio numa lógica diversa de soluções intermédias, mas, antes, numa operação jurídica e legal *de tudo ou nada* que tem o condão de agudizar e intensificar o conflito⁴⁶.

Como eloquentemente adverte PAULA COSTA E SILVA⁴⁷ *a solução negociada permite um verdadeiro apagamento do conflito que eclodiu entre as partes, potenciando-se uma paz social efetiva, sobretudo no pós-conflito, pois ambos saem vencedores e, conseqüentemente, as relações futuras entre as partes não saem prejudicadas.*

⁴⁴ Preferencialmente, neste caso, o juiz-conciliador deveria ser diverso do juiz-julgador (em caso de frustração do acordo), porquanto tal facilitaria a conciliação do ponto de vista das partes (que se abririam mais nos seus esforços conciliadores se soubesse que o juiz não ira em caso de frustração do acordo julgar a causa), ao mesmo tempo que evitaria enviesamentos decisórios do juiz.

⁴⁵ SILVA (nota 6), pág. 113.

⁴⁶ SILVA (nota 6), pág. 113, nota 240.

⁴⁷ SILVA (nota 6), pág. 113.