



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Ana Luísa Cardoso Cabral

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NO
ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL
PORTUGUÊS**

UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE
FLEXIBILIZAÇÃO DO MODELO ESTÁTICO À LUZ DA
TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS
DA PROVA

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-
Forenses, orientada pela Professora Doutora Maria José Oliveira
Capelo Pinto de Resende e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Outubro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ana Luísa Cardoso Cabral

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO
PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS**

UMA REFLEXÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO MODELO ESTÁTICO À LUZ
DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA

**THE DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN
PORTUGUESE CIVIL PROCEDURAL ORDERING**

A REFLECTION ON THE POSSIBILITY OF FLEXIBILIZATION OF THE STATIC MODEL IN LIGHT
OF THE THEORY OF DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF

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

Coimbra

2021

*À minha família, em especial, aos meus pais
pelo apoio incondicional em todas as decisões que tomo
e por serem o pilar sem o qual nada disto seria possível.*

Ao André, que foi colo para chorar e força para continuar.

*A todos os amigos que me acompanharam nesta
jornada, principalmente às amigas que Coimbra me
ofereceu e que em momento algum me deixaram desistir.*

À Ariana, que foi pedaço de casa fora dela.

*Especial agradecimento à Dr.^a Maria José pela
disponibilidade e motivação ao longo de todo o processo.*

*Aos familiares que, embora já
não estando presentes, foram e são peça fundamental.*

*“Aprender com a experiência dos outros
é menos penoso do que aprender com a própria.”*

- José Saramago

RESUMO

Versa o presente estudo sobre a análise da atual *regra estática de distribuição do ónus da prova* à luz das *dificuldades probatórias* que por vezes surgem para uma das partes. Reportamo-nos, mais concretamente, aos casos em que, por insuficiência de conhecimentos e meios técnicos ou profissionais adequados, uma das partes acaba por não conseguir *produzir prova* dos *factos* por si alegados, vendo a causa decidida em favor da parte que, tendo conhecimento de tal debilidade, e apesar de usufruir de tais meios, se mantém inerte.

Perante a obrigação ineludível de resolver pacífica e coativamente o conflito de interesses, concede-se ao juiz a ferramenta que lhe permita solucioná-lo: as *regras de distribuição ou repartição do ónus da prova*.

Porém, ao lado da *regra estática* observada no sistema jurídico português, vemos surgir em diversos outros ordenamentos uma *regra dinâmica* que atribui ao julgador a possibilidade de, perante as circunstâncias do caso – nomeadamente a manifesta desigualdade das partes em termos de *produção de prova* – operar uma *redistribuição* do *ónus probatório*, enfatizando valores como a *igualdade material das partes*, o *acesso efetivo à justiça* ou a justiça do caso e promovendo a *cooperação das partes*.

Propomo-nos, neste sentido, levar a cabo um ensaio crítico sobre as eventuais vantagens da adoção no ordenamento jurídico português da tão aclamada *teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova*, apontada noutros ordenamentos como solução cabal para o problema.

Ante uma *regra estática*, assente na natureza dos *factos invocados* e respetivos *efeitos* para as partes e indiferente à eventual dificuldade probatória, surge a questão de saber se poderá a *teoria* ter ou não acolhimento no seio de um ordenamento jurídico pautado pela cooperação na *descoberta da verdade* com fim à *justa composição do litígio*.

Palavras-chave: prova; ónus da prova; distribuição dinâmica; flexibilização; *probatio diabolica*; dever de cooperação; justa composição do litígio; igualdade material.

ABSTRACT

The following study seeks to analyze the current static rule of distribution of the burden of proof in light of the evidential difficulties that sometimes arise for one of the parties. We refer, more specifically, to cases in which, due to insufficient knowledge and adequate technical or professional means, one of the parties ends up not being able to produce proof of the facts alleged by them, seeing the case decided in favor of the party that, having knowledge of such weakness, and despite enjoying such means, remains inert.

Faced with the unavoidable obligation to peacefully and coercively resolve the conflict of interest, the judge is given the tool that will allow him to resolve it: the rules for distribution or sharing of the burden of proof.

However, in addition to the static rule observed in the Portuguese legal system, we see in several other legal systems a dynamic rule that gives the judge the possibility of, given the circumstances of the case – namely the evident inequality of the parties in terms of the production of evidence – operating a redistribution of the burden of proof, emphasizing values such as the material equality of the parties, effective access to justice or the justice of the case, and promoting cooperation between the parties.

Therefore, we propose to carry out a critical essay on the possible advantages of applying the acclaimed theory of dynamic distribution of the burden of proof, pointed out in other legal systems as a complete solution to the problem, in our legal system.

Faced with a static rule, based on the nature of the alleged facts and their respective effects for the parties and regardless of any evidential difficulty, the question arises whether or not the theory can be accepted within a legal system guided by cooperation in the discovery of the truth with an end to the fair composition of the litigation.

Keywords: proof; burden of proof; dynamic distribution; *probatio diabolica*; flexibilization; duty of cooperation; fair composition of the litigation; material equality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Al. – Alínea

Art./Arts. – Artigo/Artigos

Cap. – Capítulo

CC – Código Civil

CDC – Código da defesa do consumidor brasileiro

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – Conforme

Coord. – Coordenação

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil Português

CPC/15 – Código de Processo Civil Brasileiro de 2015

CPC/73 – Código de Processo Civil Brasileiro de 1973

CRP – Constituição da República Portuguesa

DRE – Diário da República Eletrónico

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ed. – Edição

EMJ – Estatuto dos Magistrados Judiciais

Et. al. – *Et alli* (“e outros”)

Etc. – *Et cetera* (“e outras coisas”)

Ibid. – *Ibidem* (“no mesmo lugar”)

Min. – Ministro/Ministra

Nº – Número

Op. Cit. – *opus citatum* (“obra citada”)

Org. – Organização

P. – Página/Páginas

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

Reimp. – Reimpressão

Rel. – Relator/Relatora

REsp. – Recurso Especial

Rev. – Revista

s.n. – *Sine nomine* (“sem nome”)

Séc. – Século

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STJ BR. – Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

TC – Tribunal Constitucional

Trad. – Tradução

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

USP – Universidade de São Paulo

V.g. – *Verbi gratia* (“*por exemplo*”)

V. – Volume

ZPO – Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil Alemão)

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DA PROVA	10
1. Um conceito plurissignificante	10
2. Objeto e finalidade	13
CAPÍTULO II - DO ÔNUS DA PROVA	15
1. Conceito	15
1.1. Ônus, Obrigação ou Dever?	15
1.2. Ônus da prova	19
1.2.1. Princípio do dispositivo e Princípio do inquisitório	22
1.2.2. Ônus subjetivo (ou formal) e ônus objetivo (ou material)	25
CAPÍTULO III – AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	27
1. Critério estático de repartição do ônus da prova	29
1.1. O artigo 333.º do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 e artigo 342.º no Código Civil Português	29
1.2. Crítica	31
2. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	38
2.1. Critérios necessários à sua determinação	40
2.1.1. Fundamentação.....	40
2.1.2. A posição de quem está em melhores condições de produzir prova	42
2.2. O momento adequado à sua aplicação	43
2.3. Crítica apresentada à teoria	46
3. Possibilidade de aplicação da teoria do Direito Processual Civil Português	50
3.1. Inversão das regras gerais que apontam para uma flexibilização da distribuição do ônus da prova	50
3.1.1. O artigo 344.º, n.º 2 e o 345.º do Código Civil Português	50
3.2. Presença de bases principiológicas da Teoria da Distribuição Dinâmica	52
3.2.1. O efetivo acesso à justiça	52
3.2.2. Poderes de direção e instrução do juiz	53
3.2.3. Princípio da cooperação	55
3.2.4. A igualdade material das partes no campo probatório	57
CONCLUSÕES	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
JURISPRUDÊNCIA	70

INTRODUÇÃO

Num *modelo processual cooperativo* como o vigente, onde se encontra o ponto de equilíbrio entre um modelo *puramente dispositivo* ou *inquisitório* – por se compreender a necessidade de participação ativa tanto das partes como do órgão judicial, possibilitando um andamento processual mais *célere* que atenda aos interesses sociais –, atribuiu o legislador *poderes instrutórios* reforçados ao juiz. Quer significar que, por força do *princípio do dispositivo* é atribuído às partes o *monopólio da alegação*, não podendo o juiz mover-se *ex propria auctoritate*, devendo antes aguardar que a sua intervenção seja provocada pelas partes¹. Contrariamente, e embora *ônus de alegação* e *ônus da prova* sejam, em princípio, coincidentes, em *matéria probatória* ganha relevo o papel do juiz que pode requerer, mesmo officiosamente, as *diligências de prova* que ache necessárias e adequadas (art. 411º do CPC). Fica, assim, patente o *dever de cooperação* na *descoberta da verdade* que recai não só sobre as partes entre si, mas ainda sobre estas para com o tribunal e vice-versa (art. 417º do CPC).

No intuito de dirimir o conflito de interesses trazido pelas partes, ficou já estabelecido que deve o julgador formar a sua convicção apoiado nas *provas* submetidas a juízo, independentemente de quem as produziu (art. 413º do CPC), tendo sempre em vista a obtenção da *justa composição do litígio* em tempo útil. Porém, não raras vezes sucede que se depara com *manifesta falta* ou *insuficiência de prova* limitadoras da formação da sua convicção sobre o mérito da causa. Pese embora, nem por isso pode o juiz proferir um *non liquet*, pois que este se encontra hoje devidamente afastado, não só perante a obscuridade da lei, como perante a falta de *prova*, por se considerar que a pronúncia de abstenção resulta num incumprimento do dever jurisdicional².

Face ao exposto, surge a *regra de distribuição*, aclamada como “*espinha dorsal do processo*”³, com a virtude de orientar a conduta das partes – sugerindo-lhes o comportamento a seguir para obtenção de sucesso na sua pretensão –, mas, mais que isso, com aptidão bastante para facultar ao juiz o *instrumento* necessário à decisão que de outra forma não conseguiria proferir, resolvendo a dúvida contra a parte a quem o *facto não provado* aproveitaria.

¹ BUZAID, Alfredo, “Do ônus da prova”, *Revista da faculdade de Direito da USP*, São Paulo: [s.n.], V. 57 (1962), p. 115

² REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: anotado*, V. 3, 4ª ed. – reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 270; Cf. art. 8º, nº 1 do CC e art. 3º, nº 3 do EMJ (Lei nº 21/85, de 30 de Julho)

³ ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, KROTOSCHIN, Ernesto (trad.), Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956, p. 55

Por se entender que, em princípio, o autor estará em melhores condições de provar os *factos constitutivos* da sua pretensão e o réu os *factos extintivos, modificativos* ou *impeditivos* da mesma⁴, cristalizou o legislador tal *distribuição* no art. 342º do CC português. Não obstante, em resposta à crescente preocupação com a *debilidade probatória* por vezes manifesta para uma das partes damos conta do surgimento, em ordenamentos estrangeiros, de uma *distribuição* diversa e mais *flexível* do que a que encontramos no nosso ordenamento jurídico.

Firmada no ideal de *justiça* como finalidade do processo e atendendo a valores como a *igualdade das partes*, a *cooperação* e o *acesso efetivo à justiça*, entra em cena a *Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas*, conforme apelidada pelo seu impulsionador, JORGE W. PEYRANO.

Para responder fica a questão de saber se a *regra fixa e abstrata* erigida pelo legislador português se apresenta suficiente para dar resposta à imensidão e complexidade de situações com que se deparam os tribunais diariamente. Justificar-se-á o menosprezo da *dificuldade probatória* que em certos casos parece emergir da aplicação de tal *regra*? Não resultaria mais vantajosa nesses casos a *dinamização da distribuição*?

⁴ PIMENTA, Paulo, *Processo civil declarativo*, 3.ª ed. – reimp., Coimbra: Almedina, 2021, p. 386

CAPÍTULO I - DA PROVA

Embora o presente estudo verse sobre a problemática da *distribuição do ónus da prova*, por razões de sistematização e melhor compreensão, mais que conveniente, é indispensável abordar certas questões relacionadas com a *prova*, que precedem e guardam estrita relação com o tema principal.

1. Um conceito plurissignificante

Embora o legislador faça constar do art. 341º do CC a definição legal de *prova* – “As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos” –, a fixação de tal conceito não é tarefa fácil.

Como devidamente aponta CASTRO MENDES⁵, e à semelhança do que sucede com outras palavras presentes no nosso léxico, torna-se difícil a densificação taxativa de um significado único para o conceito de *prova*. Muitas vezes, as palavras ou expressões que inicialmente traduzem um conceito, vêm posteriormente a designar realidades distintas, mais ou menos próximas, ou até, esquecido o conceito inicial, “caminham de conceito em conceito”. O autor encontra fundamento para a polissemia das palavras na insuficiência de termos para designar a variedade de seres criados ou imaginados, em todos os seus aspetos e facetas. E, nesta linha, acrescenta que a palavra *prova* (e equivalentes estrangeiros) é dos termos mais equívocos que a terminologia jurídica apresenta, antes de mais, porque, referindo-se a uma realidade rica de “planos e facetas imperfeitamente analisados e distinguidos – tem vindo sendo usada para designar indiferenciadamente elementos diferentes desses planos e aspetos diversos dessas facetas”.

ECHANDIA⁶ coloca o problema de outra forma ao afirmar que a noção de *prova* não só tem relação com todos os setores do Direito, como “transcende o campo geral deste, para estender-se a todas as ciências que integram o saber humano e, inclusive, à prática quotidiana”. Entende o autor que a noção de *prova* está presente em todas as manifestações da vida humana, surgindo ao lado de uma noção vulgar a noção técnica – que vai variar segundo a atividade ou ciência a que se aplica.

⁵ MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em Processo Civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961, p. 39-41

⁶ ECHANDIA, Hernando Devis, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalia, 1972, p. 9

De ambas as posições resulta, em todo o caso, que o *termo* é utilizado em diferentes sentidos e, por isso mesmo se observa, nas diversas culturas jurídicas, a tendência para a não utilização de definições estáveis e rigorosas do conceito. Aliás, são inúmeras as definições avançadas pela doutrina, quer nacional quer estrangeira, mas todas elas abstratas o bastante para que não se possa apontar uma definição unívoca.

Assim, no sentido de demonstrar a ambiguidade do *termo*, mesmo em linguagem jurídica ou técnica, CASTRO MENDES⁷ fez o levantamento de alguns dos autores que se ocuparam da definição do conceito ou *palavra*. De um lado temos *pluralistas*⁸, que se preocuparam em alcançar a *definitio nominalis* da palavra, isto é, em enumerar os seus possíveis sentidos; do outro temos *monistas*⁹, que tentaram recortar o conceito, procurando alcançar a *definitio realis*. Invariavelmente, quer uns quer outros chegam à mesma conclusão, a de que o conceito de *prova* há de repartir-se em três *aceções*: a) *Prova* como *atividade*; b) *Prova* como *resultado* ou c) *Prova* como *meio* que a esse *resultado* conduz ou tende a conduzir¹⁰.

Certo é que as três *aceções* não são mutuamente excludentes, conjuntamente exaustivas, e tão-pouco há garantia alguma de que cubram todo o campo de significados processuais de *prova*. No entanto, não podemos deixar de concordar com MICHELE TARUFFO¹¹, quando defende que para alcançar mais rapidamente uma clarificação do conceito, há de procurar chegar-se às três *aceções* inerentes ao significado de *prova*, ao invés de tentar elaborar uma nova definição unívoca e abstrata.

Nesta senda, nos termos da primeira *aceção*, a *prova* situa-se no campo dos atos jurídicos e pode caracterizar-se, mais concretamente: a) consoante a sua estrutura, como um complexo de atos ou como cada um dos atos singulares e concretos que a conformam (*conceção global e conceção atomística*); b) na perspetiva do agente, como a atividade que parte de uma pessoa ou apenas de certas e específicas categorias de pessoas (*teorias*

⁷ MENDES, João Castro, *Op. Cit.*, p. 49

⁸ Castro Mendes dá-nos vários exemplos – a saber: em Portugal, Manuel Rodrigues e Manuel de Andrade; no estrangeiro, Prieto Castro, Bonnier, Carnelutti ou Heusler. *Ibid.*, p. 41-49

⁹ Para a segunda corrente, que Castro Mendes apelidaria de *monistas* se não pensasse que a diferença entre *monistas* e *pluralistas* vai mais além da quantidade de definições apresentadas, o A. acaba por não dar exemplos de seguidores. O que acontece é que os autores que apresentaram conceitos ou definições acabam por coincidir com os autores da corrente *pluralista* que definiram os sentidos possíveis referidos. *Ibid.*, p. 50

¹⁰ Veja-se a respeito, para maiores desenvolvimentos sobre o tema: MENDES, João Castro, *Op. Cit.*, p. 51-281; RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 21-37

¹¹ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, BELTRÁN, Jordi Ferrer (trad.), Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 441

restritivas e teorias não restritivas); c) consoante os efeitos, como atividade material ou meramente tendencial¹².

No que concerne à segunda *aceção*, a *prova* é vista, não como uma *atividade* ou *meio*, mas como o *resultado* a que um e outro tendem: o *resultado probatório*. A *prova* não é um efeito jurídico, mas sim um fenómeno jurídico. É um *resultado* juridicamente relevante, entendendo-se como seu *genus* esse resultado e como *genus proximum* um tipo especial de *resultado*, a *demonstração*¹³. Conforme explana RUI RANGEL¹⁴, para os autores que defendem tal *aceção*, no próprio art. 341º do CC, o termo *prova* aparece no sentido de *resultado*, designadamente quando refere que as “provas têm por função demonstrar a realidade de um facto”. E já assim acontecia no CC de 1867, que definia a *prova* como “a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo”.

Por fim, numa *aceção* de *prova* como *meio* esta apresenta-se não como *atividade* probatória, ou como *resultado*, mas sim como o *meio* que conduz a esse *resultado*: a *prova* pode ser tudo aquilo que serve para chegar a um *resultado*, são os *meios de prova*. Porém, dentre os vários autores que entenderam a *prova* como *meio* deparamo-nos com opiniões profundamente diferentes, apenas ligadas entre si pelo ponto comum de a considerarem como *meio* ou *fator*, não obstante esses termos serem entendidos em sentido extremamente vago e genérico. Trata-se de uma *aceção* pouco rigorosa, a ponto de algumas das definições que aparentemente nela se incluem, darem na realidade um *conceito agenérico* de *prova*¹⁵.

Ainda assim, LEBRE DE FREITAS¹⁶ defende que a definição de *prova* atualmente consagrada no CC, fazendo coincidir o *resultado* com a função da *prova*, apela para a *aceção* de *prova como meio*. Mas que, o *resultado probatório* – a demonstração dos *factos alegados* –, alcançado pelos *meio(s) de prova* produzidos sobre o *facto*, pode ainda ser denominado de *prova*. Na verdade, o autor dá conta de um conjunto de normas que permanecem fiéis ao conceito de *prova como meio* – v.g. arts. 388º e 390º do CC, 413º, 415º, 421º do CPC, etc. –, mas não deixa de salientar a prevalência do prisma do *resultado* quando se trata de *ónus da prova*, *força probatória* de alguns *meios de prova* ou julgamento sobre a *matéria de facto*.

¹² MENDES, João Castro, *Op. Cit.*, p. 51-52

¹³ Para maiores considerações acerca do *genus proximum*: *Ibid.*, p. 29-339

¹⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 35

¹⁵ MENDES, João Castro, *Op. Cit.*, p. 231

¹⁶ FREITAS, José Lebre de, *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª ed. – reimpr., Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 239-240

Em todo o caso, a par dos mais variados conceitos de *prova* que os diferentes autores afloraram, poderemos apontar, a título de exemplo, aquele que foi proposto por RUI RANGEL¹⁷:

“Pode definir-se prova, no domínio processual, como a atividade ou o conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos factos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram seleccionados na base instrutória. Ela visa fornecer todos os elementos ao julgador sobre a realidade dos factos controvertidos, sanando, na medida do possível, as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova”.

2. Objeto e finalidade

No que concerne ao *objeto de prova*, podem sê-lo os *factos*¹⁸ – à exceção dos que se pautem pela notoriedade geral¹⁹ ou judicial²⁰ (arts. 412º e 5º, nº 2, al. c) do CPC) –, mas já não o direito (art. 341º do CC e art. 410º do CPC). Com efeito, de acordo com o CPC o direito não pode ser *objeto de prova*, o que não exclui que a lei declare admissível a *prova* de certas normas jurídicas derivadas do direito consuetudinário, do direito local e do direito estrangeiro (art. 348º do CC)²¹, sem prejuízo do dever que assiste ao tribunal de procurar, oficiosamente, obter o conteúdo dessas normas (art. 348º, nº 1, *in fine* do CC).

Já no que respeita à finalidade, não é necessária grande imaginação para capacitar a essencialidade da *produção de prova*. ECHANDIA, indubitavelmente o demonstra quando afirma que os *direitos subjetivos sem prova* não serão mais do que simples aparências frente

¹⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 22

¹⁸ Quando se fala em *factos* no art. 341º do CC, quer englobar-se “indícios dos factos” e os “factos auxiliares”. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, V. I, 4ª ed. – reimp., Coimbra: Coimbra editora, 2011, p. 305

¹⁹ Embora o conceito seja objeto de discrepância doutrinal, ensina Alberto dos Reis que são *notórios* os *factos geralmente conhecidos*. *Facto notório* implica uma ideia de publicidade, que há de ultrapassar os limites territoriais de determinada circunscrição judicial. Há de ter caráter de notoriedade em Portugal, não por todos os portugueses, mas “por parte da massa de portugueses que possam considerar-se *regularmente informados*, isto é, acessíveis aos meios normais de informação”. REIS, Alberto dos, *Op. Cit.*, p. 259-262. No mesmo sentido *vide* “Sumário: 1. Factos notórios (artigo 514º, nº 1, do Código de Processo Civil) são os de conhecimento geral no país, os conhecidos pelo cidadão comum, pelas pessoas regularmente informadas, com acesso aos meios normais de informação. 2. Não basta qualquer conhecimento: é indispensável um conhecimento de tal modo extenso, isto é, elevado a tal grau da difusão, que o facto apareça, por assim dizer, revestido do carácter de certeza.” Ac. TRL de 29-05-2013, Processo nº 7053/10.1TBCSC.L1-6, Relator: Fátima Galante; “Sumário: I – Um facto é notório quando o juiz o conhece como tal, colocado na posição do cidadão comum, regularmente informado, sem necessitar de recorrer a operações lógicas e cognitivas, nem a juízos presuntivos.” Ac. TRC de 22-06-2010, Processo nº 1803/08.3TBVIS.C1, Relator: Carvalho Martins

²⁰ O juiz há de ignorar aquilo que lhe foi comunicado enquanto particular, mas já não o que observou e tomou conhecimento no exercício da sua função jurisdicional. REIS, Alberto dos, *Op. Cit.*, p. 264

²¹ Para maiores considerações: ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Nova ed. rev. e atualizada – reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 194-195

ao Estado e às demais pessoas, sem solidez ou eficácia - diferente da que pode obter-se por mão própria ou por espontânea correspondência dos demais²². E GIULIANI chega a precipitar-se numa inexistência do direito independentemente da sua *prova*²³.

A *prova* tem, então, uma função primordial no decorrer de todo o processo, de tal modo inigualável que lhe é destinada uma fase exclusiva no desenvolvimento do litígio – a *fase de instrução*. Conforme expõe MANUEL DE ANDRADE, a *fase de instrução* consiste no período que se destina à produção de *provas* tendentes a demonstrar a realidade dos *factos* deduzidos, a fim de fornecer ao juiz (*judici fit probatio*) os dados ou elementos necessários para controlar a veracidade das afirmações das partes²⁴. Segundo LIEBMAN²⁵ “a fase instrutória é dedicada, portanto, a duas atividades distintas: a de preparação (*trattazione*) da causa, que serve para concretizar, precisar e discutir as questões controvertidas que se consideram relevantes; e a de instrução em sentido estrito ou instrução probatória, destinada a reunir as *provas* eventualmente necessárias para decidir as questões como foram individualizadas e discutidas”.

A finalidade da *prova* é, portanto, a persuasão do juiz sobre a veracidade dos *factos* alegados em juízo pelas partes, a demonstração da realidade dos *factos* deduzidos. Resulta da própria etimologia do vocábulo a sua função para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração²⁶.

Temos assim que, cada parte, no desenvolvimento natural da lide processual, procura convencer o juiz da realidade dos *factos* alegados que lhe são favoráveis. O autor procurará buscar proteção do direito para a sua pretensão contra o réu, provando a existência dos *factos* e a bondade dos mesmos. Contrariamente, o réu tentará demonstrar a inexistência ou insuficiência dos *factos alegados* pelo autor ou, até, a existência de *factos impositivos, modificativos* ou *extintivos* da pretensão do mesmo.

Resultado da argumentação feita pelas partes, o julgador terá de proferir uma decisão. Porém, diversamente do que sucede com a ausência de um pressuposto de caráter processual geral, acontece que a falta ou insuficiência de *prova*, suscetível de gerar dúvida sobre os *factos alegados*, não dá cobertura legal à decisão do juiz. Os ditames imperativos

²² ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 12

²³ GIULIANI, Alessandro, *apud* GRECO, Leonardo, “O conceito de prova”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, nº 4 - Ano V, nº 5 (2003-2004), p. 215

²⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Op. Cit.*, p. 190

²⁵ LIEBMAN, Eurico Tullio, *apud* RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 24

²⁶ Sobre a função demonstrativa da prova *vide* MENDES, João Castro, *Op. Cit.*, p. 281-339

da lei obrigam o juiz a condenar ou absolver do pedido ou instância, coibindo-se de proferir um *non liquet*^{27:28}.

CAPÍTULO II - DO ÓNUS DA PROVA

Tecidas as devidas considerações sobre o conceito de *prova* e respetiva significância no processo, antes de nos precipitarmos naquele que é o tema principal deste estudo, cabe explorar, ainda que superficialmente, o conceito de *ónus* e, mais especificamente, o de *ónus da prova*. Certamente, não fará sentido ao leitor que ajuizemos sobre uma *dinamização da distribuição da carga probatória*, sem que antes se lhe tenha exposto o elo de ligação entre a *prova* e o *ónus*.

1. Conceito

1.1. Ónus, Obrigação ou Dever?

Ao contrário dos especialistas de outras ciências, não gozamos da liberdade para criar palavras como termos dos conceitos com os quais trabalhamos. A linguagem jurídica é construída, fundamentalmente, a partir da linguagem natural, caracterizando-se, à sua semelhança, pela ambiguidade e imprecisão, que acabam por lhe conferir uma textura aberta – o que nos conduz às questões da discricionariedade e interpretação²⁹.

Consequentemente, termos como *dever*, *obrigação* e *ónus*, apesar de aparentemente semelhantes, carecem de uma concretização específica, a fim de evitar a perturbação irremediável da compreensão dos textos jurídicos. Tal não significa que nos proponhamos esgotar as diversas significações que cada um dos termos – por se acharem ambíguos – pode assumir, senão e apenas que nos ocuparemos de articular os apontamentos necessários à clarificação da diferença entre eles e à elucidação da razão de optarmos por aquele último em detrimento dos outros.

Numa conceção vulgar, *ónus* significa: carga ou encargo, peso, fardo. Todavia, no âmbito jurídico, tal conceitualização nem sempre foi de simples verificação por parte da

²⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 40

²⁸ Acerca da possibilidade ou impossibilidade de proferir um *non liquet* (sentença inibitória por falta de prova) vide ponto 1.2, Cap. II

²⁹ GRAU, Eros Roberto, “Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ónus”, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo: [s.n.], V. 77 (1982), p. 177

doutrina. Aliás, do mesmo modo que, como vimos³⁰, ocorre com o conceito de *prova*, também a definição dos contornos jurídicos do conceito de *onus* foi considerada tarefa expedita. Só já no séc. XX autores como GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, CARNELUTTI ou MICHELI, se preocuparam efetivamente em tentar elaborar uma doutrina geral do *onus* ou dar ao conceito autonomia frente às noções de *direito subjetivo* e *obrigação*³¹.

Ainda que a origem da figura seja difícil de precisar³² e apesar da controvérsia em torno da sua distinção face a outras noções ou, até, da dificuldade em explicitar o seu conteúdo, a noção de *onus jurídico* adquire, hoje, completa madurez e é aceite por todos os autores³³. Destarte, conforme MANUEL DE ANDRADE³⁴ – apoiado na noção previamente aflorada por CARNELUTTI –, um *onus jurídico* traduz “a necessidade de praticar determinado ato para conseguir uma vantagem jurídica” ou evitar a perda de vantagem preexistente, isto é, o *onus* tanto pode ser requisito indispensável à aquisição, quanto à conservação de um direito. Ou, ainda, de acordo com ECHANDIA³⁵, citando MICHELI, ao afirmar que existe *onus* quando “determinado comportamento do sujeito é necessário para que um fim jurídico seja alcançado; mas, por outro lado, o sujeito é livre de organizar a própria conduta como melhor lhe pareça e, por conseguinte, também eventualmente em sentido contrário ao previsto pela norma”.

Revela-se necessário, como referimos, autonomizar o conceito das restantes *figuras*. E, nesse sentido, ressaltamos o trabalho de ECHANDIA, que aponta as diversas teorias que versam sobre o conceito de *onus processual*³⁶ e, conseqüentemente operam ou de alguma forma auxiliam essa autonomização. Dentre elas se destaca a do distinto professor italiano FRANCESCO CARNELUTTI a quem podemos apontar o mérito de estabelecer a distinção entre *onus* e *obrigação*. Para o autor, “a *obrigação* é o lado passivo a que corresponde, do lado ativo, um *direito subjetivo*”. Pode dizer-se que o *direito subjetivo* aqui

³⁰ Vide ponto 1, Cap. I

³¹ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 395

³² Poderemos apontar o início da teorização do conceito a Giovanni Brunetti, quando, em 1913, na obra “Norme e regole finale nil Diritto”, aventou, a par das normas jurídicas imperativas, uma outra categoria – a de normas finais – que disciplinam de modo não imperativo a conduta humana, a cujo descumprimento é consequente, não uma sanção, mas o não alcance de determinado fim pretendido. Veja-se a respeito: GRAU, Eros Roberto, *Op. Cit.*, p. 179-180; AZEVEDO, Gustavo, “Ónus e deveres processuais”, *Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife*, V. 92, nº 2 (2020), p. 236-240

³³ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 394

³⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966, p. 4

³⁵ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 395

³⁶ *Ibid.*, p. 396-421

configurado é “um interesse protegido mediante um poder da vontade ou um poder da vontade concedido para a tutela de um interesse”. Consequentemente, por inversão daquela *noção*, obtemos a de *obrigação*, que será um interesse subordinado mediante um vínculo da vontade – ou, noutros termos, um vínculo da vontade imposto pela subordinação de um interesse³⁷.

Note-se, como pertinentemente observa o autor, que àquela *noção* de *obrigação* escapa – por força da sujeição e correlativo poder – a liberdade. E prossegue, no sentido de que a liberdade exprime a indiferença recíproca entre dois ou mais indivíduos, sem que nenhum deles influa sobre o outro. O *direito subjetivo* é, pois, constituído pela liberdade em que se encontra o sujeito titular do interesse protegido. E essa faculdade – possibilidade de agir no campo da liberdade – é a antítese da *obrigação*. Enquanto o *direito subjetivo* – necessidade de agir de certo modo ao invés de outro para conseguir determinado interesse – garante a liberdade, a sujeição – necessidade de obedecer a um comando – exclui-a³⁸.

No entender de CARNELUTTI, tal reflexão será suficiente para alcançarmos uma distinção entre *obrigação* e *onus*. Ambos os conceitos têm em comum o elemento formal – vínculo da vontade –, mas distinguem-se pelo elemento substancial, uma vez que o vínculo imposto quando há uma *obrigação* tutela um interesse alheio, ao passo que aquele imposto no caso de *onus* tutela um interesse próprio³⁹. E, no mesmo sentido encontramos MICHELI, citado por ECHANDIA⁴⁰, que defende a estreita diferença entre ambos os termos. Muito embora o obrigado tenha certa liberdade para obedecer ao comando jurídico e quem queira obter o resultado útil deva cumprir o *onus*, “não se pode chegar a uma aproximação, no plano jurídico, do *onus* e da obrigação, sem perder a essência daquele”. Acontece que, enquanto o devedor se encontra num “estado típico de coação” – caso não cumpra a *obrigação* deverá posteriormente ressarcir o *dano* ou fica sujeito à execução forçada, prescindindo, conseqüentemente, da sua vontade e liberdade –, o sujeito do *onus*, por seu turno, é verdadeiramente livre de escolher entre a atividade ou inatividade – sem prejuízo do conseqüente resultado desfavorável, claro⁴¹.

³⁷ CARNELUTTI, Francesco, “Diritto...”, *apud* BUZUID, Alfredo, *Op. Cit.*, p.126

³⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...*, *apud* BUZUID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 126

³⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...*, *apud* BUZUID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 127

⁴⁰ Entendendo a existência de uma diferença entre os dois *termos*, não deixa de conceder certa dificuldade à tarefa de estabelecê-la e aponta diversas dúvidas e problemas que podem surgir a respeito, desde logo porque, em determinadas situações, também o *obrigado* mantém uma certa liberdade para não cumprir o comando imposto pela ordem jurídica. ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 395-396

⁴¹ *Ibid.*, p. 412

Por outro lado, o termo *obrigação*, como adverte MANUEL DE ANDRADE⁴², quando entendido em sentido amplo, além de incluir a *noção de sujeição*, é aplicado enquanto sinónimo de *dever jurídico*. E chegam a inserir-se nele, em linguagem comum, também a figura do *ónus jurídico* – senão mesmo qualquer *ónus* de natureza não jurídica – e, ainda, qualquer *dever não jurídico* imposto por outras normas que não as de Direito (moral, ética, etc.). Cabe por isso efetuar, a par da problemática até aqui abordada, outra distinção de carácter terminológico – entre *dever* e *ónus jurídicos*.

Explica o autor, citando VON THUR, que o *dever jurídico* pode representar-se como “uma ordem ou comando dirigido pela ordem jurídica ao indivíduo e que ele tem de observar, isto é, como um imperativo”, distinguindo-se do *dever moral* porque a sua observância é assegurada fundamentalmente através dos meios exteriores do poder estadual. Nas palavras do próprio, “podemos asseverar que há um dever quando a ordem jurídica formula um comando para cuja inobservância estatui uma sanção”, rematando que “a ordem jurídica procede assim tendo em vista tutelar um interesse alheio ao do sujeito do dever”⁴³. EROS GRAU⁴⁴ vai no mesmo sentido, aduzindo que “dever jurídico consubstancia uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele é alcançado” e há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica.

De tudo quanto se expôs havemos de concluir que, porque a *obrigação*, tomada em sentido estrito⁴⁵, supõe uma situação de *dever* – não obstante tal conceito transcender o âmbito do direito das obrigações⁴⁶ – e os conceitos de *obrigação* e *ónus* se têm por contrários, então também o conceito de *ónus jurídico* não poderá ser equiparado ou, até, entendido como um *dever*. De um lado encontrar-se-á o *dever jurídico* – e, conseqüentemente, a *obrigação* – enquanto vínculo imposto à vontade do sujeito em razão da tutela de interesse alheio, de cujo incumprimento resulta a aplicação de uma sanção. Do outro, acharemos o *ónus jurídico*, também como vínculo imposto à vontade do sujeito, mas para satisfação do interesse próprio e cujo incumprimento importa tão-somente um resultado desfavorável⁴⁷.

⁴² ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria... Op. Cit.*, p. 1

⁴³ *Ibid.*, p. 2

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto, *Op. Cit.*, p. 178

⁴⁵ A respeito do conceito de *obrigação* em sentido estrito: ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria... Op. Cit.*, p. 5 e ss

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto, *Op. Cit.*, p. 178

⁴⁷ *Ibid.*, p. 182

Em suma, embora qualquer um dos *termos* se traduza num vínculo imposto à vontade do sujeito, o conceito de *onus*, contrariamente ao que sucede com as restantes *figuras*, implica uma liberdade absoluta do sujeito para escolher a conduta que pretende seguir – é esse um efeito natural de qualquer tipo de *onus*. Daí que a necessidade de *produção de prova* se entenda como um *onus jurídico*, e já não como uma *obrigação* ou *dever* – ninguém tem o direito correlativo a exigir que se deduza *prova*, e tão pouco se pode coagir alguém a fazê-lo ou impor-lhe sanção por não o fazer.

1.2. Ónus da prova

A noção de *onus* afigura-se, nos dias que correm, unanimemente reconhecida como parte fundamental da teoria geral do direito, mas é no processo civil que se nos depara com maior frequência⁴⁸. Com efeito, todo o sistema probatório gira em torno do conceito de *onus* enquanto “imperativo do próprio interesse imposto a uma parte” e, em especial, em torno da sua vertente mais rica – o *onus da prova*. Tanto assim é, que essa foi durante muito tempo a única aplicação da noção de *onus*, não obstante ser um conceito técnico que sustenta e explica muitos aspetos do processo civil⁴⁹. Portanto, muito embora também este conceito tenha sido alvo de diversas modificações ao longo dos tempos⁵⁰, em qualquer processo, por mais primitivo que seja, expressa ou implicitamente havemos de achar o problema do *onus da prova*⁵¹.

Diz LEO ROSENBERG⁵² que “a tarefa do juiz, em cada processo, consiste na aplicação do direito objetivo ao caso concreto”. O direito objetivo parte, pois, de um estado hipotético formulado em abstrato, mas apenas quer ver cumprido o mandato jurídico que contém a norma quando realmente ocorre o acontecimento exterior de que o ordenamento faz depender tal mandato. E, do exposto resulta que o juiz só pode aplicar um preceito jurídico quando se tenha convencido da existência das circunstâncias que constituem os seus

⁴⁸ Manuel de Andrade aponta como caso típico o *onus* de deduzir contestação. Embora não se possa falar de um *dever* e tão pouco de uma *sujeição*, o réu tem necessidade de contestar se não quiser que os factos articulados pelo autor se tenham como confessados, sendo que esse efeito pode ou não prejudicá-lo ou, até, resultar-lhe vantajoso – cf. art. 567º do CPC. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria... Op. Cit.*, p. 4

⁴⁹ PEYRANO, Jorge W., “La carga de la prueba”, in: *Escritos sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires: [s.n.], 2011, p. 957

⁵⁰ Sobre as raízes históricas e evolução da figura *vide* BUZAID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 117-123; ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 421-424; RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 81-84

⁵¹ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 421

⁵² ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 1

pressupostos⁵³. Com efeito, embora não ignorando a crítica feita a ROSENBERG⁵⁴, o próprio instituto o *onus da prova* é entendido por diversos autores como parte da *teoria da aplicação do direito* precisamente porque o juiz só está habilitado a declarar produzidos os efeitos do preceito jurídico quando se convence da observância dos seus pressupostos⁵⁵.

Pode acontecer – como de facto acontece – que a exposição feita pelas partes, relativamente à realidade do que aconteceu, não seja suficiente para produzir no juiz uma convicção de certeza, seja porque não se esclareceram todos os detalhes que motivam a causa, seja porque não podem comprovar-se circunstâncias importantes para a decisão⁵⁶. No entanto, a esmagadora maioria das legislações modernas não admite, ao contrário do que acontecia no Direito Romano, que o juiz, perante dúvida insanável quanto aos *factos aduzidos* pelas partes, possa abster-se de proferir uma decisão – uma vez que só assim cumpre a sua função de administração da justiça (arts. 202º, nº 1 da CRP e 152º, nº 1 do CPC)⁵⁷. O juiz, ainda que se ache perante *ausência total* ou *deficiência de prova*, deve proporcionar aos litigantes *certeza jurídica*, e não subtrair-se a essa função proferindo um *non liquet*⁵⁸, sob pena de incorrer em responsabilidade civil e criminal (arts. 369º e 386º do CP).

Destarte, ainda que, na verdade, questões irreduzíveis por *manifesta falta de prova* devessem conduzir à emissão de um *non liquet*, uma vez vedada pela matéria processual tal decisão, surge a *figura* do *onus da prova*, que permite em qualquer caso a adoção de uma decisão judicial – não se pretende com este instituto a prossecução da verdade a todo o custo, antes se pretende dissipar a incerteza sobre o *facto invocado*, tornando possível ao juiz pronunciar-se sobre o mérito da causa⁵⁹.

⁵³ *Ibid.*, p. 11

⁵⁴ ROSENBERG, ao conceber o *onus da prova* como problema de aplicação do direito, acaba por fundir dois planos ou realidades distintas. O *onus da prova* é um problema de demonstração de factos e não de aplicação de direito. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 129

⁵⁵ BUZUID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 127

⁵⁶ ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 1

⁵⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 99

⁵⁸ Por se considerar incumprido o dever jurisdicional quando o juiz se limita a emitir pronúncia de abstenção, não é admitido na nossa ordem jurídica o *non liquet*. “Se o *non liquet*, fundado na falta ou obscuridade da lei, é contrário ao direito constituído, deve igualmente reputar-se antijurídico o *non liquet* fundado na falta ou insuficiência de provas”. REIS, Alberto dos, *Op. Cit.*, p. 270; Cf. arts. 8º, nº 1 do CC e 3º, nº 3 do EMJ (Lei nº 21/85, de 30 de Julho)

⁵⁹ PEYRANO, Jorge W., *Op. Cit.*, p. 958

ECHANDIA⁶⁰, sintetizando o conceito de *ónus da prova*, conclui que este contém “regra de juízo por meio da qual se indica ao juiz como deve proceder quando não encontre no processo *provas* que lhe deem certeza sobre os factos que devem fundamentar a sua decisão” e acrescenta que tal *regra* estabelece também, ainda que indiretamente, “a qual das partes interessa a *prova* de tais *factos* para evitar as respetivas consequências desfavoráveis”. Portanto, para compreender a *noção* há que distinguir os dois aspetos que lhe estão subjacentes: constitui, por um lado, norma imperativa quanto ao julgamento que deve ser feito pelo juiz e configura-se, por outro, como *princípio* – meramente facultativo – de autorresponsabilidade das partes, no sentido de lhes outorgar poder para deduzir *prova*, mas deixar-lhes a liberdade para não o fazer. Por isso se fala da distinção entre *ónus objetivo* e *subjetivo*⁶¹. E uma tal perspetiva dual encontra-se reconhecida, ao menos tacitamente, pela generalidade da doutrina⁶², porque, embora ao falar de *ónus da prova* se contemple normalmente o segundo aspeto, não deixam de ser ambos extremamente importantes.

Acompanhamos processualista colombiano quando salienta a imprescindibilidade do *instituto* – para a sanidade jurídica e enquanto *conditio sine qua non* da boa administração da justiça – por concluir que a inexistência do mesmo resultaria na impossibilidade de proferir sentença de mérito e, por conseguinte, no frequente fracasso do processo – a par da consequente perda de tempo, trabalho e dinheiro do Estado e das partes. Semelhante situação além de fomentar a incerteza nas relações sociais e a repetição indefinida de processos para o mesmo litígio, “permitiria que quem tem interesse nesta situação caótica pudesse facilmente burlar os fins de interesse público do processo e da jurisdição ocultando *provas* e entorpecendo a atividade oficiosa do juiz”. Daí haver quem afirme que o *ónus da prova* “subtrai o direito ao arbítrio da probabilidade e coloca-o sob a égide da certeza”⁶³.

Posto isto, resta destacar e subscrever LEO ROSENBERG⁶⁴ que, citando HAMM, afirma ser o *ónus da prova* “a espinha dorsal do processo civil” e um postulado de *segurança jurídica*⁶⁵.

⁶⁰ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 424-426

⁶¹ Desenvolvida, *infra*, no ponto 1.2.2, Cap. II

⁶² VALENTÍN, Gabriel, “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho*, Uruguai: Faculdade de Dereito de la Universidad Católica do Uruguai, Ano 9, nº 10 (2014), p. 264. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/articulo/view/743/733>

⁶³ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 450

⁶⁴ ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 55

⁶⁵ Acerca das características essenciais da figura que, conseqüentemente, levam à percepção da sua fundamentalidade: LOPÉZ, Mercedes Fernández, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid: La Ley, 2006, p. 47-56; ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 440-450

1.2.1. Princípio do dispositivo e Princípio do inquisitório

No âmbito da clarificação do conceito de *ônus da prova*, verificámos serem duas as suas facetas: uma voltada para os litigantes e outra para o magistrado. É nesse contexto, também o dissemos, que opera a divisão entre *ônus objetivo* e *subjetivo*, por sua vez, associados a dois *princípios basilares do processo* – o *princípio do dispositivo* e o *princípio do inquisitório*. Por consequência, cabe, antes de partir para a distinção entre aqueles dois conceitos, fazer uma breve alusão a tais *princípios*.

Desta feita, segundo um *princípio do dispositivo* puro, a vontade das partes é determinante no processo. Na fase de *proposição e produção de prova* os litigantes gozam de inteira liberdade, conhecendo o juiz apenas das *provas* que aquelas, por sua vontade, apresentaram. Somente na fase de *apreciação e valoração da prova* se fazem sentir os poderes do juiz e, mesmo nesta, em condições apertadas. Tal *princípio* encerra, portanto, uma *visão privatística do processo*, que se assume como uma disputa particular entre as partes, à qual o juiz assiste de forma inerte e passiva⁶⁶.

Em contraposição surge o *princípio do inquisitório*, onde predomina uma *concepção publicista do processo*. Por se considerar que ao processo estão subjacentes interesses públicos, são atribuídos ao juiz poderes da ordem pública a fim de proferir uma decisão conforme com os *princípios da verdade e justiça*. Segundo este *princípio* o processo é dominado pela vontade do juiz, é ele que o julga e conduz com vista a obtenção de uma *decisão justa*. Ao juiz cabe a iniciativa e intervenção no momento da *proposição ou busca de provas* e no momento de *produção e avaliação*.

Convém, no entanto, salientar que, como em tantos outros assuntos – sejam eles jurídicos ou meramente coloquiais –, ao lado das posições mistas havemos de encontrar, como maior ou menor dominância, posições extremadas. Com efeito, nem os defensores mais radicais do *princípio do inquisitório* esquecem o importante papel que o interesse tem no processo, não só o interesse público mas também o interesse das partes em tentar, por todos os meios, convencer o juiz da “sua verdade”, uma vez que é ele que supõe a posição superior do órgão jurisdicional⁶⁷. Por outro lado, conforme MICHELE TARUFFO,

⁶⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 47-49

⁶⁷ MIGUEL Y ALONSO, Carlos, “Los principios de la Carga de la Prueba en el Proceso Civil”, in: *Separata Boletim da Faculdade de Direito*, V. 36 (1958), Coimbra: [s.n.], p. 5

secundando GAVAZZI, o *onus* não se esgota num “fenómeno típico de autorregulação de interesses privados”, podendo também ser orientado à realização de interesses públicos⁶⁸.

Da percepção de tais factos resulta o surgimento de uma posição mista – como a que observamos no ordenamento jurídico português. Entre nós, não vigora nem um *princípio dispositivo*, nem um *princípio inquisitório* extremado ou radical. Temos, isso sim, um sistema misto que concede larga atuação ao *princípio do inquisitório*, limitando mas não abolindo o *princípio do dispositivo*⁶⁹.

O *princípio do dispositivo* constitui, efetivamente, um dos *princípios* basilares do nosso processo civil. Este que, entendido *stricto sensu*, é redutível à ideia de disponibilidade da tutela jurisdicional – por sua vez distinguível em disponibilidade da instância em si mesma e disponibilidade da sua conformação. E, embora entres nós se continue a não fazer a distinção, a doutrina alemã e alguma doutrina italiana englobam no *princípio*, além do seu *sentido estrito*, também o *princípio da controvérsia*, por sua vez, redutível à ideia de responsabilidade pelo *material fáctico* da causa⁷⁰. Porém, para o presente estudo deixaremos de parte aquela primeira ideia e focar-nos-emos nesta outra – que diz respeito à *alegação dos factos* e respetiva *produção de prova*.

Dito isto, por força do *princípio do dispositivo*, cabe às partes – e apenas a elas – alegar, nos articulados, os *factos principais* da causa que as beneficiem – sem prejuízo dos *factos instrumentais* e *de conhecimento oficioso*⁷¹. Nas palavras de BUZAID, “o juiz não se antecipa aos interessados, nem se move *ex propria auctoritate* para indagar, em público ou em particular, quem sofre violação ou ameaça em sua esfera jurídica; aguarda que lhe provoquem a atividade jurisdicional, cabendo aos litigantes o *onus* de afirmar e provar a sua pretensão em juízo”⁷². Trata-se, pois, de um monopólio das partes na *alegação dos factos principais*, embora não possa dizer-se que tenham propriamente um poder de disposição dos *factos* que introduzem no processo, uma vez que isso implicaria um direito à mentira – ideia defendida por uma importante parte da doutrina alemã, mas que as normas que sancionam a litigância de má-fé demonstram não existir entre nós (art. 542.º, nº 2, al. b) e d) do CPC)⁷³.

⁶⁸ TARUFFO, Michele, “O *onus* como figura processual”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, V. 11, nº 11 (2013), p. 424. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/archive>

⁶⁹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 49

⁷⁰ FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed. – reimp., Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 158-159

⁷¹ Sobre uns e outros: *Ibid.*, p. 172-177

⁷² BUZAID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 115

⁷³ FREITAS, José Lebre de, *Introdução... Op. Cit.*, p. 169-171

Não se achando o juiz habilitado a indagar por si os *factos* que interessam à causa – a fim de suprir insuficiências –, cabe à parte que deles favorecer deduzi-los em juízo e *produzir a respetiva prova*⁷⁴.

Conforme RUI RANGEL⁷⁵, “aceita-se como justificada a predominância do *princípio do dispositivo* na fase de proposição ou colheita de provas”, uma vez que a ação só nasce se as partes tomarem iniciativa e que ela é bastante para que o processo se desenvolva. Mas não significa que daí se possa inferir que do lado oposto encontramos um juiz inerte e passivo. Se bem podemos afirmar a preponderância daquele *princípio* na *fase de alegação dos factos*, já na *fase de produção de prova* são perfeitamente visíveis e reforçadas a *atividade e autoridade do juiz* – acentuando-se a ideia de que a direção do processo deve estar nas suas mãos. Aliás, ao contrário do que sucede com o *ônus de alegação* – ou *afirmação* –, a *prova dos factos* da causa não constitui monopólio das partes. O *ônus da prova*, embora paralelo ao *de alegação*⁷⁶, dele diverge na medida em que, no *campo probatório*, além das partes também o juiz tem *poderes de iniciativa*⁷⁷.

Tratando do reverso da moeda do *princípio da controvérsia*, falamos do *princípio do inquisitório*, previsto no art. 411.º do CPC, segundo o qual compete ao juiz realizar ou ordenar as diligências necessárias à *descoberta da verdade e justa composição do litígio*. Muito embora, na prática, se verifique que a maior parte da *prova produzida* é requerida pelas partes – sendo a elas que beneficia o efeito dos *factos tomados como verdadeiros* é também a elas que cabe o *ônus da prova* –, cabe ao juiz *iniciativa instrutória* e às partes o dever de colaborar na *descoberta da verdade*. O papel do juiz árbitro encontra-se, hoje, totalmente ultrapassado⁷⁸.

De tudo quanto se expôs fica patente a íntima ligação entre *ônus de afirmação* e *ônus de prova* – aquele delimita o campo de ação deste outro e com ele se relaciona na

⁷⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções...* Op. Cit., p. 197

⁷⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, Op. Cit., p. 50-52

⁷⁶ Note-se que *ônus de alegação* e *ônus da prova* nem sempre são coincidentes. Em princípio, “quem tem o *ônus de alegar* (os factos que constituem a causa de pedir e os que fundam as exceções) tem também o *ônus de provar* os factos que do primeiro são objeto” – Cf. arts. 342º, nº 1 e 2 e 343º, nº 1 do CC. E, embora a *inversão do ônus da prova* não dispensem o *ônus de alegação*, a coincidência de ambos cessa quando a lei ou as partes determinam tal inversão, seja por presunção legal ou dispensa/liberação legal do *ônus* (art. 344º, nº 1 do CC), por impossibilidade culposa de *prova* provocada pela contraparte (art. 344º, nº 2 do CC) ou mesmo por dispensa/liberação convencional do *ônus* (art. 345º, nº 1 do CC). FREITAS, José Lebre de, *A ação...* Op. Cit., p. 243-245

⁷⁷ FREITAS, José Lebre de, *Introdução...* Op. Cit., p. 178-180

⁷⁸ *Ibid.*, p. 178-179

medida em que não há interesse em provar *factos essenciais não afirmados*⁷⁹, até porque o juiz não pode deles conhecer por força do *princípio do dispositivo*. E sobressai a extrema importância da distinção entre os dois *princípios* para o aprofundamento do conhecimento dos *ónus da prova* e respetivas fronteiras.

1.2.2. Ónus subjetivo (ou formal) e ónus objetivo (ou material)

Partimos da ideia assente de que o problema do *ónus da prova* tem duas faces: uma opera geralmente na ordem privada e consiste na averiguação de qual das partes há de suportar o risco da *prova frustrada*; a outra está intimamente vinculada à *função jurisdicional*, fornecendo ao magistrado uma *regra de julgamento*⁸⁰. Neste ponto, trataremos de distingui-las com a certeza, porém, de que à primeira chamamos *ónus subjetivo* e àqueloutra *ónus objetivo*.

O *ónus da prova* encontra-se, por um lado, intimamente ligado à atividade das partes, quer no que respeita à forma como apresentam os articulados, quer pela maneira como, em sede de *instrução*, tentam fazer a demonstração dos *factos alegados*. Nas palavras de BUZAID, “as definições e explicações dos autores ressaltam que o *ónus da prova* consiste na necessidade de provar para vencer”, na necessidade imposta às partes de ser diligente para não sofrer o risco da demonstração falhada. Falamos aqui de *ónus subjetivo*, e este foi durante muito tempo o único aspeto do conceito a ser considerado⁸¹.

O *ónus subjetivo* produz, pois, dois efeitos: a definição da *conduta probatória* da parte e a delimitação do âmbito de conhecimento oficioso do tribunal no que se reporta à *alegação e prova de factos*. E esta noção, porque marcada pelo *princípio do dispositivo*, ficará sempre limitada nos sistemas jurídicos que nele não repousem em absoluto⁸².

Porém, a percepção de que da conjugação do *princípio da aquisição processual*⁸³ e do *princípio do inquisitório* resulta uma valoração especial da *prova* produzida, com

⁷⁹ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 426

⁸⁰ BUZAID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 130

⁸¹ *Ibid.*, p. 129

⁸² RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 131-132

⁸³ Previsto no art. 413º do CPC, “o *princípio da aquisição processual* indicia que a atividade instrutória realizada no processo visa, essencialmente, determinar quais os factos que estão provados, independentemente da distribuição de *ónus da prova* entre as partes”. Vide Lexionário do DRE. Disponível em: <https://dre.pt/lexionario/-/dj/125329876/view>

consequente desconsideração das vias que levaram a tal produção, constitui, decisivamente, o caminho para se alcançar uma noção de *onus objetivo*⁸⁴.

Aos processualistas civis austríacos coube o mérito de pela primeira vez operar a distinção entre *onus objetivo* e *subjetivo*⁸⁵. Por certo, o conceito de *onus objetivo*, não foi pensado até aos trabalhos de GLASER, em 1883⁸⁶. Para o autor, tal conceito consiste no risco – suportado pelo litigante beneficiado por esse facto – de que o juiz, perante *impossibilidade de prova*, dê automaticamente por provado o facto contrário. Contudo, esta noção – “em boa medida tautológica daqueloutra” – provinha do processo penal, sofrendo intensa reelaboração aquando da sua passagem ao processo civil⁸⁷. Aliás, se disséssemos a um jurista medieval que, ao lado do *onus subjetivo*, surge agora o *objetivo*, utilizado somente, no final do processo, em caso de *ausência de prova*, aquele nada entenderia⁸⁸.

Nesta senda, LEO ROSENBERG⁸⁹ define *onus subjetivo* como “necessidade de fornecer prova” – ideia que já estava patente nos trabalhos de WEBBER – mas acrescenta que a atividade processual da parte onerada não constitui a essência da doutrina. Encontramos, inclusive, quem se aventure dizendo que, tirando o emprego normativo de linguagem que indicia a sua existência, o *onus subjetivo* é, atualmente, categoria histórica que evoluiu para o *onus objetivo*⁹⁰.

Conforme o § 286 do ZPO⁹¹ a sentença deve ditar-se “atendendo ao conteúdo íntegro dos debates”, pelo que devem ter-se em conta não só as afirmações e ofertas de *prova* da parte onerada, como também as da parte não onerada. Entende ROSENBERG que o *onus objetivo* prescinde de toda a atividade das partes destinada a *provar os factos* da causa, pois o que importa é saber que *factos* deverão ficar provados para se alcançar a finalidade do processo. Porém, se é certo que o que importa são os *factos* demonstrados e não quem os demonstrou, eliminar por completo o conceito de *onus subjetivo* seria ir longe de mais⁹² –

⁸⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 130

⁸⁵ BUZAID, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 128-129

⁸⁶ *Ibid.*, p. 129

⁸⁷ NIEVA-FENOLL, Jordi, “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *Revista Estudios de Derecho – UdeA*, V. 77, nº 170 (2020), p. 124. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde>

⁸⁸ *Ibid.*, p. 120

⁸⁹ ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 17-21

⁹⁰ Apontando as razões que apoiam a não existência de *onus subjetivo* entre nós. FERNANDES, Elizabeth, “A prova difícil ou impossível”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, V. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 818 e ss

⁹¹ § 286 do ZPO. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_286.html.

⁹² ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 17-19

semelhante concepção, além de anti-histórica, ignora que o estímulo á *atividade instrutória* tem o propósito de evitar o julgamento por presunção que resulta de normas como os arts. 342.º do CC ou o 333.º do CPC/73⁹³.

O *ônus objetivo* respeita, portanto, às consequências da não *realização da prova*, à falta de convicção dos *factos essenciais alegados* pelas partes⁹⁴. É ele que determina as consequências da incerteza acerca de um *facto*, independentemente dos esforços feitos para o *provar*. E por isso tem lugar em qualquer procedimento de aplicação de normas abstratas a casos concretos, independentemente da predominância do *princípio do dispositivo* ou do *princípio do inquisitório* ou, até da coexistência dos mesmos.

Ainda que admitindo a oportunidade da distinção, cabe ressaltar – acompanhando GABRIEL VALENTÍN – que ela deve prescindir dos enfoques ideológicos que vinculam o *ônus subjetivo* ao *princípio do dispositivo* e o *ônus objetivo* ao *princípio inquisitório*. No processo jurisdicional não só importa a *necessidade de provar* das partes, como também – e muito especialmente – que o juiz, após *avaliação da prova* da qual resultou incerteza, possa, ainda assim, resolver a questão e proferir *decisão*⁹⁵.

CAPÍTULO III – AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Uma vez operada a distinção entre o *princípio do dispositivo* e o *princípio do inquisitório*, compreendida a diferença entre *ônus objetivo* e *subjetivo* e por demais contextualizada a situação envolvente do conceito de *ônus da prova*, amplifica-se a importância do estudo da sua *distribuição*.

Segundo ficou estabelecido pela Ministra do STJ brasileiro NANCY ANDRIGHI no recurso especial de 19-08-2010, “o Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova)”⁹⁶. Isto é, se, por um lado, as normas sobre o *ônus da prova* influenciam o comportamento das partes, por outro,

⁹³ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”, *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 37, V. 205 (2012), p. 121

⁹⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *Op. Cit.*, p. 133

⁹⁵ VALENTÍN, Gabriel, *Op. Cit.*, p. 264

⁹⁶ Ac. STJ BR., de 19-08-2010, REsp. 1125621/MG, Relator: Nancy Adrighi

não será de descorar que esse *ônus*, além de *regra de conduta*, é *regra de julgamento* – de acordo com PEYRANO, “mais que distribuir a prova, reparte as consequências da falta de prova ou certeza”⁹⁷.

Desta feita, perante a obrigação ineludível de resolver pacífica e coativamente o conflito de interesses, porque, como tivemos oportunidade de perceber, um *non liquet* nas *questões de facto* não pode originar um *non liquet* nas *questões de direito*⁹⁸, concede-se ao juiz a ferramenta que lhe permita solucioná-lo: as *regras de distribuição ou repartição do ônus da prova*.

Porém, e embora os *poderes instrutórios do juiz* autorizem participação ativa na *fase instrutória* a fim de buscar o seu livre convencimento, se ele pudesse oficiosamente ordenar e praticar todas as *provas* que considerasse necessárias de nada serviria aquele instrumento⁹⁹. Assim, conquanto não devam ser aplicadas senão excepcionalmente – porquanto “as partes têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção”¹⁰⁰ e o juiz apenas se pode delas socorrer quando estão em causa *factos não isentos de prova* que constituam o *thema probandum* do processo¹⁰¹ –, as *regras de repartição* assumem elementar importância ao nível do julgamento ao auxiliarem o juiz, não apenas quando não se alcança a verdade mas, especialmente, quando aquele não chega a uma conclusão sobre o mérito da causa *por falta* ou *insuficiência de prova*. Constituem o “seu (do juiz) kit de emergência em face da proibição absoluta do *non liquet*”¹⁰².

Destarte, não obstante se tenha por impossível a formulação de um *critério geral de distribuição do ônus* que satisfaça todas as hipóteses de aplicação de uma norma em caso de dúvida, a verdade é que foram várias as teorias que surgiram ao longo do tempo¹⁰³. Contudo, e em virtude de tal abordagem se mostrar desprovida de intenção útil para o

⁹⁷ PEYRANO, Jorge W., *Op. Cit.*, p. 959

⁹⁸ MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Op. Cit.*, p. 7

⁹⁹ *Ibid.*, p. 6

¹⁰⁰ Acórdão STJ BR., de 19-08-2010, REsp. 1125621/MG, Relator: Nancy Adrighi

¹⁰¹ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 426

¹⁰² FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 814

¹⁰³ Para uma breve exposição acerca das contribuições teóricas que foram surgindo sobre a *distribuição do ônus da prova* vide MASCIOTRA, Mário, "La carga de la prueba en el Proceso Civil", 24 Jul. 2020. ID SAJ: DACF200163. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar>; CARVALHO, Sabrina Nasser de, “Premissas para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Ano 11, V. 18, nº 1 (2017), p. 351-352; MIDÓN, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio: parte general*, V. 1, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007, p. 129-147; RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, “Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova”, in: JR., Fredie Didier (coord.), *Coleção Novo CPC Doutrina selecionada: Provas*, Cap. 21, V. 3, 2ª ed. – rev. e atualizada, Salvador-Bahía: Jus Podivm, 2016, p. 510-512

presente estudo, desatenderemos às diversas teorias elaboradas e circunscreveremos o seu âmbito a apenas duas delas – o *critério estático* e o *critério dinâmico* – reduzindo-nos ao propósito de compreender o *princípio* da opção legislativa de grande parte dos ordenamentos e de conjecturar a possibilidade de *dinamização do critério estático* acolhido pelo legislador português – à semelhança do que já se verifica em diversos sistemas estrangeiros.

1. Critério estático de repartição do ónus da prova

1.1. O art. 333.º do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 e art. 342.º no Código Civil Português

Independentemente do surgimento das várias teorias que se debruçaram sobre a *repartição do ónus da prova*, o facto é que a esmagadora maioria dos ordenamentos jurídicos – influenciados pela Teoria das Normas de ROSENBERG –, senão exclusivamente, ao menos enquanto regra geral, adotam um *critério estático de distribuição do ónus da prova*¹⁰⁴. Afigura-se, neste contexto, necessária – porém, suficiente –, para melhor compreendermos a opção legislativa dos diversos ordenamentos, a elaboração em traços largos da perspectiva do processualista alemão¹⁰⁵.

ROSENBERG veio melhorar as regras clássicas já desenhadas por CHIOVENDA¹⁰⁶. Segundo aquele autor deve, em primeiro lugar, atentar-se nas normas cuja aplicação está em causa e determinar a quem beneficiam: se ao autor, se ao réu. A norma que beneficie o autor será uma “norma de base” e contém os *factos constitutivos* do direito que aquele pretende fazer valer. Por sua vez, será “contranorma” aquela que contém os *factos extintivos, modificativos* ou *impeditivos* daqueles atribuídos pela “norma de base”¹⁰⁷. Deste modo, a *distribuição do ónus*, além de se basear nos benefícios resultantes da norma para cada parte, assenta na natureza dos *factos invocados* pelo autor e pelo réu – portanto, no

¹⁰⁴ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 823

¹⁰⁵ Para maiores considerações sobre a Teoria das Normas: ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.* Sobre a aplicação da teoria no ordenamento jurídico português: MÚRIAS, Pedro, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: Lex, 2000, p. 115-131

¹⁰⁶ Giuseppe Chiovenda sistematizou uma conceção formada por diversas categorias: as dos *factos constitutivos, impeditivos* e *extintivos* do direito alegado. Chegou inclusive a aventar que, em tese, o autor deveria provar a inocorrência de *factos modificativos* ou *extintivos* do seu direito. Tendo, porém, constatado que na maioria dos casos tal tarefa seria difícil ou mesmo impossível, acabou por culminar numa distribuição probatória *solidária* (solidariamente entre autor e réu). RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, *Op. Cit.*, p. 511

¹⁰⁷ TEIXEIRA, Micael Martins, “Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova”, in *Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 2, Coimbra: Almedina, 2014, p. 270

binómio formado pelas normas de direito material invocadas, que funcionam como *regra e exceção*. O autor, pretendendo exercer um *direito subjetivo*, tem de *provar as alegações fácticas* que pressupõem a aplicação da norma na qual funda a sua pretensão – a “norma de base”. O réu, em contrapartida, tem o *ónus de provar os factos* que pressupõem a aplicação da norma que obsta ao exercício do direito do autor – a “contranorma”¹⁰⁸.

É sabido que a finalidade do processo transborda os interesses particulares das partes, consistindo fundamentalmente na obtenção de uma resolução do conflito através da subsunção lógica dos *factos* na norma¹⁰⁹. Desta feita, afirma MASCIOTRA – secundando ROSENBERG – que, entendendo o *ónus da prova* como um problema de aplicação de direito, uma norma apenas pode aplicar-se quando a tipicidade hipotética se tenha convertido em realidade concreta¹¹⁰. E precisamente porque o juiz fica impedido, em absoluto, de aplicar norma cuja verificação dos pressupostos ainda se apresente dúbia¹¹¹, incumbe a cada parte a *prova dos factos* que materializam os pressupostos da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito¹¹², sofrendo ela mesma as consequências da falta de *prova* ou convencimento positivo do juiz acerca da existência de tais *factos*. Ou seja, se uma norma favorece determinada pessoa, a ocorrência dos *factos* que levam à sua aplicação deverá ser provada por essa pessoa, seja ela o autor ou o réu – conforme estejam em causa, *factos constitutivos* ou *extintivos, modificativos* ou *impeditivos*.

De tudo quanto se expôs resulta que, na falta de expressa autorização legal não pode o juiz, em razão de eventuais particularidades do caso concreto (levando em conta a natureza do direito material em questão ou as condições económicas e técnicas das partes), deixar de atribuir ao autor (ou réu reconvinte) a consequência da inexistência de *prova dos factos constitutivos*, nem ao réu (ou autor reconvindo) a da inexistência de *prova dos factos impeditivos, modificativos* ou *impeditivos*¹¹³. Estabelece-se um *critério legal* e único de julgamento que deve ser aplicado sempre que o *encargo* não seja cumprido por aquele a quem incumbe¹¹⁴ – é essa a ideia que fica patente no art. 342.º do CC português.

¹⁰⁸ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 824

¹⁰⁹ MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Op. Cit.*, p. 3

¹¹⁰ MASCIOTRA, Mario, *Op. Cit.*, p. 4

¹¹¹ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 823-824

¹¹² ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 91

¹¹³ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 123

¹¹⁴ CARVALHO, Sabrina Nasser de, *Op. Cit.*, p. 353

Embora os conceitos de “norma de base” e “contranorma”, bem como os de *factos constitutivos, impeditivos, modificativos* ou *extintivos*, não sejam absolutos¹¹⁵, o legislador português não deixou de estabelecer *critérios* (*gerais* e *especiais*, respetivamente consagrados nos arts. 342.º e 343.º e 348.º, n.º 1, 1.ª parte do CC) *estáticos ou fixos* para a *distribuição do ónus da prova*¹¹⁶. E não deixa de se verificar semelhante pensamento quando observamos o art. 333.º do CPC/73¹¹⁷ ou mesmo o art. 373.º do CPC/2015¹¹⁸, que, apesar do acréscimo da *teoria da distribuição dinâmica*, manteve o enunciado anterior.

1.2. Crítica

Embora constitua regra geral na maioria dos ordenamentos jurídicos, o *critério estático de distribuição do ónus da prova*, porque alicerçado diretamente na função desempenhada pelo *facto* na norma de direito material invocada e alheio à probabilidade da verdade desse *facto* – noutras palavras, à maior ou menor *dificuldade* apresentada à parte para demonstrar determinado tipo de *facto* –¹¹⁹, não se apresenta isento de críticas.

Desde logo, os conceitos de *facto constitutivo, modificativo, extintivo* ou *impeditivo* não são absolutos. Apesar da distinção entre aqueles três não levantar problemas¹²⁰, o mesmo não pode dizer-se da distinção entre *factos constitutivos* e *impeditivos*. É o próprio ROSENBERG quem o reconhece¹²¹, acabando por elaborar uma teoria que, embora alicerçada na função desempenhada pelo *facto* na norma, não desatende à forma como as normas estão redigidas¹²². E é até partindo deste ponto que ECHANDIA¹²³ apresenta crítica

¹¹⁵ O mesmo *facto* pode ser classificado de forma diversa consoante o contexto em que se insere. Acerca das críticas apontadas à teoria de Rosenberg, designadamente, a dificuldade de distinção *entre factos constitutivos* e *factos impeditivos*. Cf. FREITAS, José Lebre de, *A ação...* *Op. Cit.*, p. 135-136

¹¹⁶ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 825

¹¹⁷ Art. 333º do CPC/73. Disponível em: <https://bitly.com/oNZEP4>

¹¹⁸ Art. 373º do CPC/15. Disponível em: <https://bitly.com/G8de3a>

¹¹⁹ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 825

¹²⁰ “Assentando basicamente na identificação dos efeitos (constitutivos, modificativos ou extintivos) que as normas atribuem aos factos (critério funcional), com o auxílio da necessária posterioridade temporal dos factos modificativos e extintivos relativamente aos constitutivos (critério temporal)”, TEIXEIRA, Micael Martins, *Op. Cit.*, p. 295

¹²¹ ROSENBERG, Leo, *Op. Cit.*, p. 112

¹²² Entende Rosenberg que expressões como “desde que”, “apenas se”, “aquele que (...) responde/é responsável/fica obrigado a...” ou outras de conteúdo similar pressupõem que o *facto* é *constitutivo*. Ao passo que uma redação que sugira impedimento ao exercício do direito, precedida de expressões como “a não ser que”, “exceto se”, “salvo se” e equivalentes, pressupõe a natureza *impeditiva* do *facto*. TEIXEIRA, Micael Martins, *Op. Cit.*, p. 296

¹²³ ECHANDIA, Hernando Devis, *Op. Cit.*, p. 486-487

à Teoria das Normas. Se por um lado a classificação dos *factos* pode ter utilidade na *teoria geral do facto jurídico*, não resulta tão frutífera enquanto *critério de distribuição do ónus*.

Por sua vez, a rigidez com que a aplicação das *regras de distribuição do onus probandi* vem sendo tratada no Direito Processual Civil – sem análise da situação fática envolvida – tem sido causa de inúmeras injustiças, resultando na punição da parte que não demonstrou os *factos* que atestam o seu direito, independentemente das razões que originaram tal falha. Vale dizer que acaba por se presumir que, quando alguém encarregado de produzir *prova* não o faz, age somente por desleixo¹²⁴. E, neste sentido, acabam por se promover situações em que uma parte “se prevalece da dificuldade alheia quanto à *produção de provas* específicas, mantendo-se inerte e aguardando provimento que lhe beneficie, ainda que não assista razão quanto ao mérito da causa”, favorecendo-se irremediavelmente a injustiça¹²⁵.

Na mesma linha de pensamento, a despeito da pertinente argumentação de YOSHIKAWA¹²⁶ em favor do *critério estático* com base no *princípio da segurança jurídica*, ressaltando a exigência de estabelecer abstrata e previamente a quem caberá o *onus da prova*, não podemos deixar de atribuir a sua relevância a ELIZABETH FERNADEZ¹²⁷ quando reflete que a inflexibilidade do *onus* assim previamente fixado resulta “susceptível de conduzir, em certos casos, pelo menos pontualmente, a uma denegação de justiça, ou pelo menos a um processo judicial não equitativo”. Como asseveram MARINONI e MITIDIERO¹²⁸ “(...) não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se ‘a produção de prova diabólica’ e que por isto já defendiam a dinamização da prova sob o CPC antigo”.

Uma forma de *distribuição* como a que acaba de se expor não leva em conta as consequências que dela resultam, acabando por originar as mais das vezes atribuição do *onus*

¹²⁴ GOULART, Sara Fernandes, “Aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova no processo civil brasileiro”, *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis: PGJ: ACMP, V. 8, nº 19 (2011), p. 209

¹²⁵ JUNIOR, Samuel Meira Brasil; CUNHA, Gabriel Sardenberg, “Inversão do ónus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: Retrato da Distribuição Dinâmica”, *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, V. 43, nº 283 (2018), p. 260

¹²⁶ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 126

¹²⁷ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 828

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencour; MITIDIERO, Daniel, *apud* SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, “Carga dinâmica da prova e o direito de antidiscriminação”, *in*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo [*et al.*] (coord.), *Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II - XXVI Encontro Nacional do Conpedi Brasília -DF*, Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 104

à parte para quem é manifestamente *difícil*, ou praticamente *impossível*, demonstrar a ocorrência da versão onerada do *facto*¹²⁹. E, embora alguns autores¹³⁰ tenham avançado que a solução para este problema se situa na *livre apreciação de prova* (princípio consagrado no art. 607.º, nº 5 do CPC), parece-nos mais apropriado seguir o pensamento de MICAEL TEIXEIRA¹³¹, que se apoia em duas ordens de razões para demonstrar que tal ideia está longe de constituir solução para o problema.

Por um lado, julga o autor não ser possível incluir nas regras de experiência que devem orientar a *apreciação de prova* a eventual *dificuldade* que a parte onerada teve em obtê-la. Além de ser muito pouco provável que a parte a quem a *obtenção de prova* se mostra particularmente *difícil* consiga chegar a apresentar qualquer tipo de *prova*, ainda quando, apesar dos obstáculos, consiga apresentá-la esta deve ser apreciada como qualquer outra, tendo em conta os conhecimentos da experiência de vida, da lógica, da regularidade ou normalidade dos acontecimentos – critérios que indicam objetivamente a credibilidade das *provas*, ao contrário da maior ou menor *dificuldade* em obtê-las¹³².

Por outro, não deixa de mencionar a impossibilidade de aligeirar a exigência do julgador no momento de *apreciação* quando a *produção de prova* se ache particularmente *difícil* – pelo menos no âmbito do direito privado –, porque a *medida da prova* exigida neste âmbito já é a menos exigente que se pode conceber. E acaba concluindo que a solução para o problema não passa pela *livre apreciação de prova*, mas antes se situa a montante, aquando da *distribuição do ónus da prova*, mencionando a *distribuição dinâmica* como solução mais eficiente para o problema.

¹²⁹ TEIXEIRA, Micael Martins, *Op. Cit.*, p. 303

¹³⁰ No sentido de que o julgador deve ter em conta, no momento de apreciação de prova, que o onerado se encontrava numa situação de demonstração particularmente difícil, atenuando o nível de exigência na consideração dos *factos provados*. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções... Op. Cit.*, p. 203; FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 832

¹³¹ TEIXEIRA, Micael Martins, *Op. Cit.*, p. 304-305

¹³² Cf. “Porém, não se entenda ‘liberdade de apreciação’ como sinónimo de arbitrariedade, em que ao juiz se confira o poder de julgar os factos, como provados ou não provados, ‘pelo cheiro’ ou por convicções/simpatias pessoais. Ao contrário, ela está sempre sujeita ao escrutínio da razão, das regras da lógica e da experiência que a vida vai proporcionando. O julgador deve obediência às regras probatórias plasmadas na lei e será em função delas e das regras da lógica e da experiência que irá formar a sua convicção sobre a realidade que se lhe depara.”. Ac. TRC de 30-06-2015, Processo nº 63/13.9TBOLR.C1, Relator: Isabel Silva.; “O princípio da livre apreciação da prova nunca atribui ao juiz ‘o poder arbitrário de julgar os factos sem prova ou contra as provas’, ou seja, a livre apreciação da prova não pode confundir-se ‘com uma qualquer arbitrária análise dos elementos probatórios’, sendo ‘antes uma conscienciosa ponderação desses elementos e das circunstâncias que os envolvem’.” Ac. TRC de 09-02-2021, Processo nº 275/19.1T8TCS-A.C1, Relator: António Carvalho Martins

Por nossa parte, além dos argumentos avançados por MICAEL TEIXEIRA, acrescentaríamos ainda que *princípios* como o da *livre apreciação de prova* surgem num contexto em que é necessário mitigar o caráter privado do processo¹³³, e que, embora signifiquem um aumento dos poderes do juiz, não se traduzem necessariamente na completa indeterminação dos mesmos. Aliás, já observava CARLOS OLIVEIRA, com respeito ao Direito Processual brasileiro, que “não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica”¹³⁴.

Queremos com isto salientar que o contra-argumento da falta de *certeza e segurança jurídica* agora apontado à *dinamização da distribuição do ónus* foi em tempos também imputado à *livre apreciação de prova* e posteriormente ultrapassado – por meio de critérios objetivos orientadores dessa apreciação e decisões fundamentadas. E, por essa razão, não cremos que a solução frequentemente apresentada pelos defensores do *critério estático* se coadune com o argumento em desfavor do *critério dinâmico*, se assumirmos que ela própria redunde na falta de prévia *certeza e segurança*.

A *livre apreciação de prova* está justificadamente consagrada no nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA vem esclarecer que “o julgador, em vez de se encontrar ligado a normas pré-fixadas e abstratas sobre a apreciação da prova, tem apenas de se subordinar à lógica, à psicologia e às máximas da experiência.”, contanto que tal convicção seja devidamente *fundamentada*. E ensina FIGUEIREDO DIAS que *livre apreciação* significa “liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material – de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e suscetíveis de motivação e controlo”¹³⁵.

Destarte, se a *livre apreciação* legalmente prevista satisfaz a *garantia de segurança jurídica*, não podemos aceitar que se atribua como crítica à *flexibilização do ónus probatório*

¹³³ O modelo privatístico concebia o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, atribuindo às partes não só amplos poderes para iniciar e findar o processo e estabelecer o seu objeto, como também sujeitando à sua exclusiva vontade o andamento e desenvolvimento do mesmo. Os poderes do órgão judicial eram significativamente restringidos.

¹³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Lisbon Law Editions, V. 44, nº 1-2 (2003), p. 183

¹³⁵ BRITO, Ana, “Livres apreciação de prova e prova indireta”, texto que serviu de base à apresentação no Curso de Temas de Direito Penal e de Processo Penal, ministrado pelo Centro de Estudos Judiciários no âmbito da Formação Contínua, em Maio de 2013, p. 3.. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: http://www.tre.mj.pt/informacao/estudos.html#ESTUDOS_CRIM

a falta de *certeza e segurança*, desde que, também ela esteja de acordo com o dever de perseguir a *verdade material* e a sua utilização seja devidamente *fundamentada*.

A verdade é que tanto a *livre apreciação* como a *dinamização da distribuição* são, *prima facie*, atentatórias da *certeza e segurança jurídicas*. E verdade é também o facto de, apesar da consagração legal da *livre apreciação de prova*, continuarem a existir exemplos para os quais tal *apreciação* não consegue dar resposta cabal, persistindo as injustiças por força da desigualdade criada pela *regra distributiva* atualmente consagrada. Deste modo, se bem nos parece que a *livre apreciação de prova*, por todas as razões apresentadas, não satisfaz a qualidade de solução, afigura-se-nos mais lógico seguir o pensamento que fundamentou a sua consagração legal do que propriamente pôr a seu cargo a resolução de um problema que pode nem conseguir alcançar fase tão avançada do processo.

Entenda-se que *distribuição dinâmica* e *livre apreciação de prova*, além de apresentarem utilidades diferentes, também ocorrem em momentos processuais diversos, desde logo porque para haver *apreciação de prova* é necessário que a mesma tenha sido trazida ao processo. A *dinamização da distribuição* presta-se, por um lado, a agilizar o processo de obtenção de *prova* e a equilibrar as forças na demanda, atribuindo o *onus probatório* a quem mais facilmente possa obter *prova* e, por outro, a atribuir as consequências da *falta de prova* à parte que tinha em seu favor essa maior *facilidade*, evitando um prejuízo injustificado para aquele que por falta de meios/conhecimentos técnicos ou profissionais teria *dificuldade* consideravelmente superior ou mesmo *impossibilidade*. A *livre apreciação*, por sua vez, apenas entra em cena num momento posterior, no intuito de valorar a *prova* que foi trazida.

Assim, com o devido respeito por opinião em contrário, acreditamos tratar-se, a sugestão de que a *dificuldade probatória* se insere ou pode inserir nos critérios orientadores da *livre apreciação de prova*, de desvalorização de um problema sério e com graves consequências a nível decisório. O que está em causa não é (ou não é só) a *dificuldade* em si e a medida em que esta afeta determinada parte na obtenção de sucesso, mas todos os problemas que ela acarreta para o processo, a saber, a obtenção de uma decisão injusta baseada na *falta ou insuficiência de prova* – que ironicamente poderia ter sido obtida sem grandes prejuízos –, a banalização da *desigualdade de armas* em prol da *segurança jurídica*, com conseqüente prejuízo do *acesso efetivo ao Direito* – perguntamos: de que serve a *segurança jurídica* perante a desacreditação da justiça? – ou ainda a incongruência resultante

de um ordenamento jurídico onde se perpetua o *princípio da cooperação* e se reúnem todos os esforços para tornar a *justiça célere e eficaz*, mas se deixa de lado uma solução extremamente congruente com tais ideais.

Além disso, se o problema é a *certeza e segurança jurídicas*, em prol de se evitar um *ativismo judiciário contra legem* e resolvendo um problema que se torna iminente, o primeiro passo é a consagração legal da possibilidade de *distribuição* diversa do *onus*.

Mais, tendo em conta que a tendência atual do direito processual é correr para a publicização, é inegável a necessidade de se conceder ao juiz – enquanto “Estado administrando a justiça”¹³⁶ – autoridade para o exercício da sua função – devidamente equilibrada com os direitos dos cidadãos. E, é por demais evidente que no nosso sistema jurídico – não fosse ele temperado com um *princípio do inquisitório* – se faz sentir uma certa preocupação com a atribuição ao juiz de poderes(-deveres) para participar ativa e efetivamente no processo ao invés de resumir a sua postura a espectador inerte. Aliás, uma das diretrizes orientadoras da reforma do atual CPC consistiu precisamente no reforço dos *poderes inquisitórios e de direção efetiva do processo* pelo juiz.

Contudo, a adoção deste novo modelo processual, com vista ao alcance da justiça material através da celeridade na solução dos litígios, exige, para além do reforço dos *poderes de direção* do juiz, também a *flexibilização* da rigidez e do formalismo processual – e aqui entra (ou deveria ter entrado) a *teoria da distribuição dinâmica*.

Por fim, resta atentar nas garantias constitucionais que entram aqui em conflito: a *certeza e segurança jurídicas* e a *igualdade e acesso efetivo à justiça*.

A *segurança jurídica*, embora não expressamente consagrada, é deduzida pelo Tribunal Constitucional no Ac. n.º 294/2003 a partir do *Princípio do Estado de Direito Democrático* – esse sim, consagrado no art. 2.º da CRP – além de a ela se fazer expressa referência no art. 282.º, n.º 4 (dimensão objetiva), ou mesmo de existirem na Constituição dimensões subjetivas de *segurança jurídica* conexas com a esfera de proteção dos direitos fundamentais – arts. 29.º, n.º 1 (*princípio da legalidade penal*, envolvendo a proibição de retroatividade da lei penal incriminadora); 103.º, n.º 3 (proibição de criação de impostos retroativos); 18.º, n.º 3 (interdição de lei restritivas de direitos, liberdades e garantias com

¹³⁶ EXPOSIÇÃO de motivos do CPC brasileiro de 1939. Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>

efeito retroativo)¹³⁷. Ao fim e ao cabo, acompanhando GOMES CANOTILHO¹³⁸, a garantia constitucional de *certeza e segurança* exige que os indivíduos possam calcular e prever os efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.

Por seu turno, a *igualdade e acesso efetivo ao direito e aos tribunais* estão previstos nos arts. 13º e 20º da CRP, e traduzem-se, respetivamente, na proibição do arbítrio legislativo e discriminação e na proibição da denegação da justiça.

Torna-se, neste contexto, necessário operar uma harmonização entre as garantias que resultam da Constituição portuguesa. É que a não consagração legal do instituto em estudo, apesar de satisfazer as garantias de *certeza e segurança*, pode, em última análise, constituir forma de tratamento desigual sem razão ou mesmo denegação da justiça por falta de armas de uma das partes para defender os seus direitos e interesses.

Ora, no sentido de resolver problemas de garantias constitucionais conflitantes ROBERT ALEXY fala da máxima de proporcionalidade em sentido estrito, que expressa o que significa a otimização em relação a princípios coincidentes e é idêntica à lei do sopesamento, com a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”¹³⁹.

Não nos parece, neste caso, de todo desproporcional atentar em certa medida contra a *certeza e segurança jurídicas* se isso significar que alcançaremos um processo mais justo, que atenda às circunstâncias concretas do caso e não faça recair sobre uma das partes *prova* demasiado pesada e que a coloque em evidente desigualdade. Até porque, se a *prova* domina todo o processo declarativo e se se proíbem *meios de prova* com base na violação de direitos fundamentais¹⁴⁰, não se percebe como podemos conceber que estejam verificadas garantias constitucionais como *processo equitativo, igualdade ou acesso efetivo à justiça* quando uma das partes não tem sequer possibilidade de fazer *prova*. DEILTON BRASIL, em linha com o que já em 2012 referia BAZZANEZE, alerta que um *ónus* como o do art. 333.º do

¹³⁷ Vide Lexionário DRE. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/159132586/view>

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. – 15ª reimp., Coimbra: Almedina, 2015, p. 257. No mesmo sentido o Ac. TRC de 22-09-2015, Processo nº 2604/15.8T8VIS.C1, Relator: António Carvalho Martins

¹³⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, SILVA, Virgílio Afonso da (trad.), São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 593

¹⁴⁰ “A prova domina todo o processo declarativo, pois a sentença (que lhe põe termo) assenta necessariamente na prova. Dada a importância da prova, ela constitui o ponto central do processo e, conseqüentemente, do direito processual. Por isso, «Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violarem direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos.»”. Ac. TC nº 248/2009 de 12-05-2009

CPC/1973 – e, conseqüentemente, como o do art. 342.º do CC –, sendo de cunho abstrato, premeia a desigualdade material, pois que não permite ao aplicador moldá-lo à realidade, inutilizando o acesso à justiça e aumentando a possibilidade de, a final, se alcançar a injustiça, em vez da verdade material¹⁴¹.

E não se olvide que o próprio legislador já deu mostras da preocupação com a debilidade de uma das partes, admitindo a convivência do *critério estático* com diretrizes excepcionais como a *inversão do ónus da prova* (v.g. relações de consumo) ou o próprio aligeiramento do *critério*, estipulado convencionalmente pelas partes, por forma a equilibrar as forças de cada parte no processo¹⁴². Porém, embora os *critérios excepcionais* previstos na lei possam dar resposta a determinadas situações de *desigualdade* – satisfazendo a garantia de *segurança jurídica* –, não esgotam a imensidão de situações concretas de inferioridade que podem suceder – porquanto é impossível ao legislador prevê-las na totalidade – e, assim, não impedem ou inutilizam a consagração legal da possibilidade de *dinamização* – até porque as próprias *presunções* que invertem o *ónus* podem dar origem a *prova diabólica*.

2. Teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova

Por razões lógicas é inegável a *estaticidade apriorística* da *distribuição do ónus probatório*. Em tese, aquele que alega tem melhores condições de o demonstrar, “pois a própria atividade cognitiva de quem alega pressupõe o contacto prévio com pelo menos uma fonte de informação; caso contrário, a alegação não seria logicamente possível ou adviria de mero exercício de fantasia ou de invenção humana”¹⁴³. Porém, a incapacidade do *sistema estático* suprir todas as hipóteses concretas com uma solução justa fomenta uma cada vez maior preocupação da doutrina internacional em procurar alternativas, surgindo neste contexto, com o intuito de equilibrar as forças entre os sujeitos processuais, o *critério dinâmico*.

Certo é que, já na passagem do séc. XVIII para o séc. XIX, JEREMY BENTHAM trabalhou a noção de elasticidade do *ónus probatório* para definir que, a fim de alcançar a justiça concretamente, este deveria recair, consoante o caso, sobre a parte que pudesse

¹⁴¹ BRASIL, Deilton Ribeiro, “A resignificação do Ónus Probatório na Defesa Coletiva do Meio Ambiente: Aspectos Processuais nas Ações Coletivas”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa: Juruá, Ano III, nº IV (2017), p. 493

¹⁴² RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, *Op. Cit.*, p. 509

¹⁴³ RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, *Op. Cit.*, p. 509

satisfazê-lo com menores inconvenientes – despesas menores, menor perda de tempo e incômodo¹⁴⁴. Fazia já, portanto, referência a um *critério de distribuição* diverso e necessariamente *dinâmico*, mas é ao processualista argentino JORGE W. PEYRANO que reportamos a estruturação da *Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova* (ou *Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas*) – pelo menos, no seu desenho atual¹⁴⁵.

Assim, segundo a tese elaborada por PEYRANO, é afastada a máxima de que “a prova cabe a quem alega”, desde logo porque é inaceitável o estabelecimento abstrato e prévio do *ônus da prova*, é indiferente a posição da parte na demanda e é irrelevante a distinção clássica entre os *atos constitutivos e os impeditivos, extintivos ou modificativos*. Para a *produção da prova* importa somente o caso em concreto e a natureza do *fato* objeto da *prova*, devendo o *ônus probatório* recair, baseado nas circunstâncias reais e concretas, sob a parte que estiver em melhores condições de produzir *prova*¹⁴⁶.

DANILO KNIJNIK, apresenta duas ordens de razões como fundamentação da teoria: o *princípio da igualdade* das partes em bases materiais e os *deveres de colaboração e lealdade* das partes. Por um lado, a aplicação da doutrina pressupõe uma situação de *desigualdade* de condições em que uma parte se afigura com dominante poder de apresentação de *prova* em face da outra. Por outro, assenta no dever que recai sobre as partes de se conduzirem com *lealdade, probidade e boa-fé*, colaborando entre si e com o órgão jurisdicional para a *descoberta da verdade*¹⁴⁷, evitando a inércia de uma das partes por beneficiar da *dificuldade de prova* da outra parte.

Tomando como exemplo o art. 373.º, § 1º do atual CPC brasileiro, temos que são três as hipóteses de aplicação da *distribuição dinâmica do ônus*: a) casos previstos na lei; b) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo; c) maior facilidade de *obtenção da prova* do fato contrário.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 510

¹⁴⁵ SANTOS, Hugo Luz dos; WEI, Wang, “A distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual civil de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do direito comparado”, *Scientia Iuridica Revista de direito comparado Português e Brasileiro*, Braga: Livraria Cruz, Tomo LXVI, nº 343 – Janeiro/Abril (2017), p. 42

¹⁴⁶ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, “Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015”, in: JR., Fredie Didier (coord.), *Coleção Novo CPC Doutrina selecionada: Provas*, Cap. 7, V. 3, 2ª ed. – rev. e atualizada, Salvador-Bahía: Editora Jus Podivm, 2016, p. 244

¹⁴⁷ KNIJNIK, Danilo, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*”, in: FUX, Luiz [et al.] (coord.), *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 945

THAMAY e RAFAEL RODRIGUES¹⁴⁸ salientam, contudo, que na segunda hipótese o magistrado somente deverá aplicar a *carga dinâmica* se a parte favorecida comprovar a *impossibilidade de produzir a prova* que ordinariamente lhe competia. E apresentam em relação à última uma certa relutância, porquanto a “maior facilidade de obtenção de prova do facto contrário” não implica falta de meios para a parte favorecida¹⁴⁹.

De resto, uma tal concepção, assente na *distribuição equitativa do ónus*, teve já acolhimento jurisprudencial e doutrinal em diversos países – como Argentina, Brasil, Colômbia ou Espanha¹⁵⁰ –, de tal modo relevante que motivou a sua positivação. Assim, e embora a estipulação legal desta possibilidade não afaste a estrutura da *distribuição estática* como regra geral, reconhece-se, ao menos, a influência de direitos fundamentais – como a *igualdade* e o *direito à prova* – nas *regras* que versam sobre *prova*¹⁵¹.

Pese embora existam autores¹⁵² que entendem o 373º do CPC/15 não como autêntica *distribuição dinâmica*, mas como um *inversão do ónus* – porquanto a existir *dinamização* essa haveria de ser uma regra geral de *distribuição* e não a exceção para a *regra estática* – somos de opinião que o método de *distribuição dinâmica* é híbrido, contando à partida com uma *distribuição geral e abstrata*, que pode ficar abalada no caso concreto¹⁵³.

2.1. Critérios necessários à sua determinação

2.1.1. Fundamentação

Desde logo, o *dever de fundamentação* que assiste ao juiz constitui manifestação do direito a um *processo equitativo*¹⁵⁴ e resulta de imposição constitucional, nos quadros do art. 205º, nº 1, densificado legalmente pelo prescrito no art. 154º do CPC. Este dever deriva tanto de razões de natureza interna como externa, isto é, ele existe para que, por um lado, o juiz possa efetuar um autocontrolo sobre a sua decisão e, por outro, para que a mesma seja inteligível pelos seus destinatários – consigam através dela perceber porque razão o juiz chegou àquela decisão, qual o caminho que seguiu e se não houve “desvios” no raciocínio

¹⁴⁸ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 246

¹⁴⁹ Vide ponto 2.1.2, Cap. III

¹⁵⁰ PEYRANO, Jorge W., “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Argentina: La Ley, Ano 19, nº 1 (2017)

¹⁵¹ SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, *Op. Cit.*, p. 104

¹⁵² JUNIOR, Samuel Meira Brasil; CUNHA, Gabriel Sardenberg, *Op. Cit.*, p. 261

¹⁵³ SANTOS, Hugo Luz dos; WEI, Wang, *Op. Cit.*, p. 42; FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 829

¹⁵⁴ Vejam-se os arts. 6º da CEDH, 14º do PIDCP, 10º da DUDH e 20º, nº 4 da CRP

que tenham conduzido a decisão diversa da mais justa¹⁵⁵ –, e também eles possam, se assim o entenderem, sindicá-la e contra ela reagirem. Conforme CALAMANDREI “a fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão”¹⁵⁶.

O dever constitucional e legal tem então por objetivo a explicitação, por parte do julgador, dos motivos que moveram a decisão em determinado sentido, dirimindo o litígio que lhe foi colocado, não podendo a mesma consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição – salvo, tratando-se de despacho interlocutório, quando a parte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade. Segundo SCHÄFER e PREVIDELLI, citando ALVARO DE OLIVEIRA, a fundamentação abarca “não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados”¹⁵⁷.

Esta obrigação de fundamentar contribui para a eficácia da sentença em si mesma, na medida em que ela depende da persuasão dos seus destinatários e da comunidade em geral, mas, mais importante que isso, constitui fator legitimador do poder jurisdicional enquanto elemento harmonizador do exercício desse poder e do dever de dizer o direito no caso concreto¹⁵⁸.

Assim, como qualquer decisão proferida pelo tribunal – que não seja de mero expediente –, também a decisão de *dinamizar a distribuição* há de ser devidamente fundamentada, sob pena de cairmos no irremediável livre arbítrio do juiz.

O magistrado, a par de subsumir a realidade do caso concreto às hipóteses de aplicação da *teoria* e de oportunizar, em respeito do *principio do contraditório*, a desincumbência do *onus* à parte a quem foi assim atribuído, deverá ainda fundamentar a

¹⁵⁵ LIRA, Gerson, *apud* SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, *Op. Cit.*, p. 105

¹⁵⁶ CALAMANDREI, Piero *apud* SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, *Op. Cit.*, p. 105

¹⁵⁷ SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, *Op. Cit.*, p. 105

¹⁵⁸ NETO, Abílio, Novo Código de Processo Civil Anotado, 4ª ed. – rev. e ampliada, Lisboa: Ediforum, 2017, p. 272

decisão que atribui o *onus da prova* de forma diversa, sob pena da mesma padecer de vício que gera nulidade^{159;160}.

2.1.2. A posição de quem está em melhores condições de produzir prova

Embora a *distribuição dinâmica* opere efetivamente uma transferência do *onus probatório* para a contraparte, não quer dizer que essa mudança se verifique sem mais. Fosse esse o caso e, em vez de resolvermos o problema da *desigualdade* existente, apenas reverteríamos o seu sujeito. Ao permitir que, perante a *dificuldade ou impossibilidade probatória* de uma das partes, operasse “automaticamente” a *distribuição dinâmica*, correríamos o risco de colocar ilegitimamente na outra parte um encargo demasiado elevado. A *dificuldade* de uma parte não implica necessariamente a maior *facilidade* da parte contrária, nem tão pouco a maior *facilidade* da contraparte significa uma *impossibilidade* ou *dificuldade* insuperável da outra.

Temos portanto que a aplicação de uma *distribuição dinâmica* é inaceitável quando, por algum motivo, a *prova* pela parte que dela quer beneficiar ainda é possível. Isto porque o simples facto de a contraparte poder fazer *prova* dos *factos* com maior *facilidade* não implica o alívio da *carga probatória* que sobre a primeira recai¹⁶¹. Para *dinamizar a distribuição* é necessário que se faça sentir uma *autêntica inferioridade* de uma das partes¹⁶².

A posição privilegiada que o litigante dinamicamente onerado ocupa, “em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova” constitui, conforme KNIJNIK¹⁶³, limite material à aplicação da teoria da *distribuição dinâmica do onus da prova*. Acrescenta o autor que a dinamização não tem o intuito de “compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado”, mas antes o de evitar a *probatio diabolica* para uma das partes. É importante que da *dinamização* não resulte *probatio diabolica* reversa, podendo tal representar uma manipulação probatória que compromete a

¹⁵⁹ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 246

¹⁶⁰ Entendendo o *dever de fundamentar* a sentença que aplica a *dinamização* e o de *oportunizar a desincumbência* da contraparte como *limites formais* à aplicação da *teoria*. KNIJNIK, Danilo, *Op. Cit.*, p. 948

¹⁶¹ Dai que haja quem entenda que a última situação prevista no 373º, § 1º CPC/2015 (“à maior facilidade de obtenção do facto contrário”) não foi propriamente bem concebida. THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 246

¹⁶² PEYRANO, Jorge W., *Las cargas... Op. Cit.*, p. 4

¹⁶³ KNIJNIK, Danilo, *Op. Cit.*, p. 947-948

imparcialidade do juiz. Perante casos de impossibilidade para ambos os litigantes, o que o juiz deve fazer é lançar mão dos seus *poderes de iniciativa probatória* em busca de *provas* que não estão ao alcance das partes¹⁶⁴.

Assim, quem queira fazer-se valer da *regra transigente de distribuição*, não deixa de ter a seu cargo um *onus*. O que acontece é que a parte sobre quem recaia *prova diabólica*, passa a ter de provar, não os *factos* que constituem essa *prova diabólica*, mas antes a presença de *melhores condições de prova* do adversário. Portanto, o fundamento da *teoria* em estudo passa por um “dever de solidariedade, segundo uma noção de prova compartilhada”, não se isentando a parte por ela beneficiada de todo e qualquer *onus*¹⁶⁵.

2.2. O momento adequado à sua aplicação

Chegados a este ponto deparamo-nos com algumas dificuldades. Até então vimos em que consiste a *aplicação da distribuição dinâmica* e os *critérios* que a orientam. Contudo, o momento em que o aplicador deve abrir mão deste instituto acaba por não ser tão pacífico quanto se podia esperar à partida, desde logo porque há quem defenda que esta é uma não questão.

O próprio impulsionador da Teoria aventa que são três as ordens de razões pelas quais entende não caber nas faculdades do juiz comunicar às partes a distribuição do *encargo probatório*: a) não sabemos quando será de efetuar tal comunicação, nem que formato deve ela revestir e, as mais das vezes, o juiz não estará em condições de fazer um simples juízo *a priori* acerca de a quem incumbirá determinado *encargo*; b) a comunicação seria alvo de impugnações de todos os tipos, favorecendo o entorpecimento do processo; c) hoje em dia não há nenhum letrado que possa ficar surpreendido quando ao seu cliente, a quem se imputa *mala praxis*, seja aplicada a *teoria*¹⁶⁶.

¹⁶⁴ GRECO, Leonardo, “As Provas no Processo Ambiental”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: Bios, V. 4, nº 4 (2005), p. 103

¹⁶⁵ Daí que a *distribuição dinâmica* não se confunda com a *inversão* – embora tenha havido, em tempos, quem, excedendo e deturpando a compreensão adequada do tema, a tenha invocado como “lisa e llana inversion de la carga”. RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, *Op. Cit.*, p. 515 ss.

¹⁶⁶ PEYRANO, Jorge W., *Las cargas...* *Op. Cit.*, p. 2-3. No mesmo sentido, apelando à desnecessidade de aviso prévio da *inversão do onus*, acrescentando que tal não significa eventual ferida da garantia constitucional de *ampla defesa*. MONNERAT, Carlos Fonseca, *apud* CARPES, Artur Thompsen, *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos onus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*, sob a orientação de Danilo Knijnik. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2008. Dissertação de Mestrado, p. 146. Sustentando que não há momento para *fixação do onus* ou sua *inversão* por não se tratar de *regra de procedimento*. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade, *apud* CARPES, Artur Thompsen, *Op. Cit.*, p. 146

Porém, foram concebidas três teorias sobre o momento processual ideal para a aplicação da *distribuição dinâmica*: a) há quem diga que deve ser aquando do recebimento da petição inicial; b) quem entenda que deve ser no saneamento ou no momento prévio à *fase instrutória*; c) e quem defenda que será no momento da prolação da sentença.

A respeito da primeira posição, havemos de acompanhar GILBERTO SCHÄFER e JOSÉ PREVIDELLI quando a apelidam de prematura e a consideram de plano afastável, porquanto não tem sentido *dinamizar o ónus* antes da definição do *thema probandum*, antes de sequer se poder aferir das situações relevantes para a determinação da atividade probatória¹⁶⁷.

Já relativamente às restantes posições o debate tem sido mais aceso.

Do lado da *dinamização* no momento da prolação da sentença temos, entre outros autores¹⁶⁸, ROSA E ROGER PELLICANI¹⁶⁹ dizendo que “uma norma que trata da distribuição do ónus da prova é uma regra processual de julgamento, a ser aplicada no momento da sentença”. No mesmo sentido, SAMUEL MEIRA e GABRIEL CUNHA acrescentam que devem as partes ser advertidas, ainda em *fase instrutória*, do risco de aplicação da técnica, mas que esta será aplicada mais corretamente em sentença, “após a devida análise de todo o conjunto de provas produzidas no processo e com uso das regras de experiência”. E reforçam que o preceituado no art. 357º, III, do CPC/2015 “representa prejuízo alarmante ao devido desenvolvimento do processo, possibilitando a ocorrência de pré-julgamento e agravamento na complexidade do feito”¹⁷⁰.

Não vemos, no entanto, como acompanhar tal posição. É certo que as consequências das regras de *distribuição do ónus* se repercutem ao nível do julgamento, na medida em que constituem o “kit de emergência” do juiz na tomada da decisão. Porém, a *dinamização* levada a cabo apenas no momento da sentença põe em xeque um dos limites

¹⁶⁷ SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, *Op. Cit.*, p. 106

¹⁶⁸ Embora prevenindo que é “de boa política judiciária, (...) que, no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ónus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação”, afastando definitivamente a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa. WATANABE, Kazuo, “Disposições Gerais”, *In: Código brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, 5ª ed. – rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 620

¹⁶⁹ PELLICANI, Rosa Benites; PELLICANI, Roger Benites, “O Código de defesa do consumidor e a inversão do ónus da prova: momento, aspetos polémicos e visão judicial”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Paulo: [s.n.], V. 11 (2005), p. 368

¹⁷⁰ JUNIOR, Samuel Meira Brasil; CUNHA, Gabriel Sardenberg, *Op. Cit.*, p. 268

formais da sua aplicação, qual seja a possibilitação à parte *dinamicamente* onerada de desincumbência do *ônus*, porquanto nesse momento já não pode ocorrer a desincumbência.

A favor da aplicação do *critério dinâmico* na *fase instrutória* – ou em momento prévio – temos ARTUR CARPES¹⁷¹. Entende o autor que, sob pena de violação do *princípio do contraditório*, jamais o *ônus* pode ser objeto de *dinamização* apenas no momento da sentença, uma vez que isso acarreta para a parte “presenteada” um gravame processual com o qual não contava e do qual já não pode desincumbir-se. De resto, ao surpreender as partes com a alteração do *ônus* em momento posterior, acaba violado o próprio *interesse público* – na medida em que qualquer acontecimento inesperado diminui a fé do cidadão na administração da justiça¹⁷² – e o *dever de colaboração* do próprio órgão jurisdicional para com as partes¹⁷³.

Este último posicionamento, que nos parece ser o mais acertado, foi, inclusivamente, firmado pelo STJ brasileiro, que entendeu que o momento adequado é o despacho saneador, conforme já tinha sido apontado pelo REsp. nº 802832/MG relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹⁷⁴.

Acompanhando CARPES, a comunicação prévia da *dinamização* convoca uma colheita mais vigorosa das *provas*, na medida em que as partes, conhecendo as respetivas necessidades, hão de reunir todos os esforços na busca do elementos necessários para evitar a incidência da *regra de juízo* e respetivos efeitos nefastos. A pretérita delimitação dos encargos, não só satisfaz o *contraditório*, como privilegia a *cooperação* entre as partes na busca dos elementos necessários, proporcionando, assim, a descoberta da *verdade material* e conseqüente alcance da verdadeira justiça.

¹⁷¹ CARPES, Artur Thompsen, *Op. Cit.*, p. 147. Em sentido idêntico: BRASIL, Deilton Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 495; THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 243; GIDI, Antonio, “Aspetos da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor”, *Magazine of Civil Procedural Law: University of Houston Law Center*, V. 3, nº 2007-A-40 (1996), p. 583-593, p. 587

¹⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “A garantia do contraditório”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, RS/Porto Alegre: Síntese*, V. 15, 1998, p. 15

¹⁷³ No mesmo sentido, ao alertar que apesar de aparentemente apoiada no *princípio da cooperação e boa-fé processual* em relação às partes, a ideia de *distribuição* operada já na fase de sentença não deve prevalecer. Se às partes cabe empenhar todos os esforços para alcançar a melhor decisão possível, também o juiz deverá adotar as medidas que outorguem maior qualidade à decisão, observando também ele os *princípios da boa-fé e cooperação*. GAGNO, Luciano Picoli, “O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova”, *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 40, V. 249 (2015), p. 121

¹⁷⁴ Ac. STJ BR., de 13-04-2011, REsp. 802832/MG, Relator: Paulo de Tarso Tanseverino

Portanto, a *distribuição da atividade probatória* que compete a cada parte deve ocorrer, preferencialmente, antes do início da *fase instrutória*, aquando do saneamento e organização do processo. O próprio legislador brasileiro também assim entendeu, resolvendo a questão no art. 357.º, III do CPC/2015¹⁷⁵. Não discordando da solução apresentada, surgem-nos algumas dúvidas quanto à sua perfeição, desde logo porque, não sendo a *fase instrutória* uma fase estanque do processo, como outrora se pensou¹⁷⁶, apresenta-se-nos com mais sentido a solução preconizava pelo Recurso especial do STJ brasileiro, no sentido de ser admitida *prova*, ainda em momento posterior desde que verificado o *contraditório*¹⁷⁷.

2.3. Crítica apresentada à teoria

Com respaldo no conhecimento geral de que “não há bela sem senão” ou “rosa sem espinhos”, não admira que a tão aclamada *distribuição dinâmica do ónus da prova* se faça valer de umas quantas críticas, em especial no que toca à *segurança jurídica*.

Desde logo, é meritória a preocupação de YOSHIKAWA¹⁷⁸ com a paranoia probatória das partes que de uma tal *distribuição do ónus* possa resultar.

Ficou já devidamente estabelecido que a diferença entre *provar* ou não um *facto* é a diferença entre ver ou não reconhecido o seu direito pelo Estado-juiz. Por sua vez, é sabido que o conflito de interesses não nasce apenas com o processo, não causando estranheza que, frequentemente, as partes procurem obter *prova* para se precaverem da possível instauração do processo. Destarte, enquanto indutoras de comportamento – porque sugerem a conduta a adotar pelas partes em termos probatórios –, as *regras de distribuição do ónus da prova* produzem efeitos muito antes do nascimento da relação jurídica e, por vezes, até antes do surgimento do conflito de interesses. Por essa razão, ressalta neste contexto a necessidade de fazer cumprir a exigência do *princípio da segurança jurídica* – inerente a qualquer ordenamento jurídico – que consiste em estabelecer *abstracta e previamente* a quem caberá

¹⁷⁵ BRASIL, Deilton Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 495

¹⁷⁶ PIMENTA, Paulo, *Op. Cit.*, p. 381; CAPELO, Maria José, “Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil português”, in: João Calvão da Silva [*et al.*] (org.), *Processo Civil Comparado: Análise entre Brasil e Portugal*, São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 206

¹⁷⁷ “1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ónus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ónus a oportunidade de apresentar suas provas”. Ac. STJ BR., de 30-09-2014, REsp. 1450473/SC, Relator: Mauro Campbell Marques

¹⁷⁸ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 129

o *ônus da prova*, para garantir a necessária dose de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas¹⁷⁹, que não fica, em princípio, tutelada se adotarmos um *critério dinâmico*.

Resta-nos salientar, a par de tudo quanto se disse a respeito da garantia de *segurança jurídica* em momento de crítica à *regra estática*, que já foi tempo em que a simples previsão legal conferia *segurança*. Parece óbvio que a previsibilidade e aprioricidade agreguem certa *segurança*. Porém, *princípios* como a *igualdade*, a *cooperação* ou o *acesso efetivo à justiça* – inerentes a uma *distribuição dinâmica* – merecem igual consideração, estes, sim, que devem ser priorizados, não só em respeito da CRP, mas porque permitir que a parte tenha o seu hipotético direito violado em virtude da *impossibilidade de prova* desatendida em prol da *segurança*, significa um *ônus* desproporcional e excessivo a essa parte. Temos, assim, que *segurança* é, nos dias que correm, “saber que sua causa será decidida conforme os valores de justiça humana e constitucional, o que implica inexoravelmente numa *distribuição* ponderada e refletida dos *ônus* processuais em geral”¹⁸⁰.

KNIJNIK alerta ainda para a questão das particularidades desconsideradas pelo legislador ao estabelecer um *critério estático*. Entre elas encontramos a *dificuldade de produção de prova* – a mesma que constitui a base da *distribuição dinâmica*. A maior ou menor *dificuldade* é apenas relevante para efeitos da convenção de partes, que será nula quando tornar excessivamente *difícil* a uma parte o exercício do seu direito. Por essa razão, ainda que alguns vislumbrem uma permissão para a *distribuição dinâmica* em preceitos legais como o parágrafo único do art. 333º do CPC/73 (art. 345º, nº 1, no caso do nosso CC), afasta o autor a possibilidade de aplicação, de *lege lata*, da *teoria da distribuição dinâmica do ônus*. E acrescenta que não se trata de fechar os olhos para o facto de a lei acarretar excessiva *dificuldade* para o exercício do direito, passando antes pela tomada de consciência de que não é a lei que cria a *dificuldade* – inclusive, a lei tenta advertir a parte da responsabilidade que sobre ela pesa –, mas sim as circunstâncias do mundo real¹⁸¹.

Por outro lado, conforme observa YOSHIKAWA, citando FLAVIO YARSHELL, “no caso de se autorizar que o juiz determine a regra, é preciso que o faça em momento útil”¹⁸². Este foi, com razão, um dos pontos fracos frequentemente apontados à doutrina

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 126

¹⁸⁰ BRASIL, Deilton Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 498

¹⁸¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 124-125

¹⁸² YARSHELL, Flávio Luiz, *apud Ibid.*, p. 127

argentina, porquanto não se vislumbra poder aceitar, por mais justa que seja a solução final, a alteração das regras pelas quais as partes se seguiram ao longo do processo somente no momento da sentença¹⁸³. No entanto, como vimos no ponto anterior, é um problema que foi já resolvido, pelo menos pelo legislador brasileiro (art. 357.º do CPC/2015).

Sobre o momento de aplicação alerta ainda YOSHIKAWA para o perigo de se ignorar que uma alteração do *onus* pelo juiz no decurso do processo, além de se assemelhar em muito a um julgamento por equidade, provavelmente já não terá sequer utilidade. Isto porque uma *redistribuição do onus* num momento tão avançado, quando não impossibilite, vai ao menos causar incómodos maiores para que a parte prejudicada possa ir atrás das *provas* de que necessita¹⁸⁴. E acrescenta que “sendo incerto qual o *onus* probatório que recai sobre cada uma das partes, pode afirmar-se, sem medo de erro, que quanto mais longe, na linha do tempo, existir tal definição (...) maior em tese será a dificuldade de a parte produzir prova hábil a lhe permitir vencer o futuro processo judicial”¹⁸⁵.

Entre nós, a *inversão ou flexibilização do onus da prova* operada casuisticamente pelo juiz apenas é admitida, não quando a *prova do facto* onerado resulta naturalmente *difícil*, mas antes quando se deveu à ocorrência *in casu* de comportamento culposo e ilícito da parte não onerada¹⁸⁶. De *iure constituto*, avança ELIZABETH FERNANDEZ que a garantia do direito à *tutela judicial efetiva* e a impossibilidade dos tribunais se demitirem de compor o litígio impõem que, nos casos de *prova* (objetivamente ou subjetivamente) *difícil*, o grau probatório exigível ao onerado seja atenuado – entenda-se, através da possibilidade do juiz dar certo *facto* como provado, presumi-lo com base nas máximas da experiência. E, embora conceda que, de *iure condendo*, a *facilidade de prova* de um *facto* deveria poder influenciar a *distribuição do onus* – independentemente da função por ele exercida na *norma* invocada –, não deixa de admitir que a solução atualmente consagrada na lei é a mais consentânea com a *tutela judicial efetiva* e a que melhor se apresenta para garantir o fim da *procura da verdade* do processo¹⁸⁷.

Parece-nos algo otimista acreditar que o recurso a *presunções* seja suficiente para colmatar as deficiências do *sistema estático*. Apesar de positiva a preocupação do legislador

¹⁸³ CARPES, Artur Thompsen, *Op. Cit.*, p. 150

¹⁸⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 127

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 128

¹⁸⁶ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 830

¹⁸⁷ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 831-833

com a possível *inferioridade probatória* de umas das partes, torna-se evidente a impossibilidade de previsão da imensidão de situações concretas em que essa *inferioridade* pode ocorrer. Por outro lado, as *presunções legais* previstas pelo legislador não se eximem à crítica de elas próprias não serem, por vezes, suficientes para evitar a *prova diabólica* que recai sobre uma das partes¹⁸⁸. São essas razões, que nos levam a crer que a previsão legal de *presunções* não invalida que opere no nosso ordenamento jurídico uma *distribuição dinâmica*. Aliás, somos de opinião que essa previsão, além de denotar, por si só, a necessidade de suprir as insuficiências do *critério estático*, acaba por abrir caminho para o critério mais abrangente e flexível.

Por outro lado, ainda ELIZABETH FERNANDEZ, alerta que a “tentadora solução protagonizada pela inversão judicial das cargas probatórias” deixa por responder os casos de *dificuldade de prova* independente do sujeito que por ela venha a ser onerado. Isto é, não dá uma solução para aquelas situações em que a *dificuldade de prova* é equivalente, quer recaia sobre o onerado, quer sobre a contraparte¹⁸⁹.

Creemos, ainda assim, que também esta não é crítica suficiente para colocar em causa a utilidade da *teoria*. Desde logo, pode o juiz fazer uso dos seus *poderes de iniciativa probatória* em busca de *provas* que não estão ao alcance das partes¹⁹⁰. E, não tendo sentido útil e sendo mesmo inadmissível a *dinamização* se dela resultar *prova diabólica* reversa, resta-nos que quando, ainda assim, o julgador não consiga obter *prova* suficiente para se convencer em determinado sentido, a solução deve passar pela atribuição às partes das consequências da *regra estática*¹⁹¹.

E não se olvide o que já dizia ROSENBERG, “assim o quer a finalidade do processo civil: por mais que procure averiguar a verdade, mais do que isto o que importa é estabelecer e assegurar a paz jurídica, eliminando de forma definitiva a incerteza entre partes”. A finalidade do processo passa apenas pela pacificação, não necessariamente pela pacificação com justiça, como modernamente se entende¹⁹².

Para rematar, não podemos deixar de conceder relevância às condições apontadas por YOSHIKAWA - sejam elas, condicionar a concessão do benefício ao requerimento das

¹⁸⁸ Vide ponto 3.1.1, Cap. III

¹⁸⁹ FERNANDEZ, Elizabeth, *Op. Cit.*, p. 833

¹⁹⁰ GRECO, Leonardo, *As Provas...* *Op. Cit.*, p. 103

¹⁹¹ Também por esta razão acreditamos não ser o *critério dinâmico* suficientemente autónomo para vigorar enquanto regra geral.

¹⁹² KNIJNIK, Danilo, *Op. Cit.*, p. 944

partes e à verosimilhança do facto alegado pelo autor e excluir a *redistribuição* se a contraprova for ou se tornar impossível ou se a impossibilidade/dificuldade tiver sido causada pela parte que dela quer beneficiar¹⁹³. Se bem entendemos que a *distribuição dinâmica* é necessária para alcançar a *justiça* no processo, não desconsideramos a necessidade de ajustar os moldes em que tal *distribuição* há de ser feita.

3. Possibilidade de aplicação da teoria do Direito Processual Civil Português

3.1. Inversão das regras gerais que apontam para uma flexibilização da distribuição do *onus da prova*

3.1.1. O art. 344.º, n.º 2 e o 345.º do Código Civil Português

A *teoria da distribuição dinâmica* não tem tido no nosso ordenamento jurídico acolhimento jurisprudencial, desde logo porque tratar-se-ia de um ativismo judiciário *contra legem* no que respeita à disciplina do art. 342º do CC.

Aliás, a própria evolução legislativa a que temos assistido deixa espaço para dúvida acerca das reais intenções do legislador. É certo que se houve boa altura para a consagração da teoria no CPC foi em 2013, no contexto de uma Reforma definitivamente centrada na promoção da celeridade e efetividade do processo, que primou pela outorga reforçada de poderes ao juiz, e foi levada a cabo numa altura em que a *teoria dinâmica* já era fortemente debatida entre os processualistas internacionais.

Ainda assim, não podemos dizer que a doutrina¹⁹⁴ e até o próprio legislador permaneçam totalmente indiferentes à crescente necessidade de *flexibilização da distribuição*. Desde logo, a consagração legal de *presunções*, nomeadamente ao nível do direito do consumidor ou de outras situações em que a *inferioridade probatória* de uma parte é notória, demonstram uma certa preocupação do legislador com a proteção da parte mais

¹⁹³ Para maiores considerações: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Op. Cit.*, p. 150-155

¹⁹⁴ Parecendo apontar no sentido da necessidade de aplicação da dinamização para uma decisão mais justa, cuja utilização pelos tribunais portugueses há de ser baseada em lei expressa. RODRIGUES, Maria Gabriela A. L. da Cunha, “Poderes de Iniciativa do Juiz em Processo Civil e Ónus da Prova”, *Revista do CEJ*, Coimbra: Almedina, N.º 1-I (2016), p. 61. Também no sentido de que se torna iminente uma *flexibilização da distribuição* operada pela regra do art. 342º do CC, em apontamento ao acórdão do STJ de 18-12-2013, que constitui uma “lufada de ar fresco” ao estatuir a nítida *diminuição do ónus da prova* a cargo do consumidor. SANTOS, Hugo Luz dos, “Plaidoyer por uma ‘distribuição dinâmica do ónus da prova’ e pela ‘teoria das esferas do risco’ à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?”, *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 1 (2015), p. 4. Disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2015-nordm-1/>; Entendendo que a *teoria* já se encontra consagrada no ordenamento português. TEIXEIRA, Micael Martins, *Op. Cit.*, p. 377

débil e conseqüente *desigualdade de armas*¹⁹⁵. Demonstrativos dessa preocupação também os casos em que a lei faz *inverter o ónus* (art. 344º, nº 2 do CC) – quando a *impossibilidade de prova* para o onerado resultar culposamente da parte contrária – ou os casos em que atribui às partes a autonomia para *distribuir o ónus diferentemente* através de convenção (art. 345.º do CC) – desde que tal convenção não verse sobre *direito indisponível* nem torne *excessivamente difícil* a uma das partes o exercício do seu direito.

Portanto, embora da análise do regime legal português resulte que o legislador estabeleceu *critérios gerais, especiais e excepcionais*, mas sempre *fixos e apriorísticos* de *distribuição do ónus* – não podendo os mesmos, na falta de norma habilitadora expressa, ser alterados pelo juiz – a verdade é que os casos acima enunciados são mostra da inadmissibilidade da *inferioridade* que por vezes se faz sentir para uma das partes e que de alguma forma deve ser resolvida, reestabelecendo o equilíbrio entre as partes exigido pela garantia constitucional de *igualdade*.

A exigência de previsão de um mecanismo que dê resposta às insuficiências da *regra estática* avoluma-se se compreendermos que, apesar da flexibilidade em que possam fundar-se, as presunções legais previstas pelo legislador estão longe de abarcar a imensidão de situações de desigualdade que podem desenrolar-se em concreto, necessitando de tutela. Inclusive, as próprias presunções (algumas delas) continuam a deixar ao abandono a parte mais fraca, incumbindo-a com um *ónus excessivamente difícil*¹⁹⁶.

Deste modo, há de conceder-se o devido elogio à opção do legislador, até por uma questão de *segurança jurídica*, mas não se confundam as águas. As *presunções legais* prestam-se a um certo valor, no seio de um ordenamento *estático*, mas não são suficientes e muito menos substituem ou extinguem a necessidade de consagração da *dinamização*.

¹⁹⁵ A título de exemplo: art. 5º, nº 3 da Lei das Clausulas Contratuais Gerais, relativa à prova dos deveres de comunicação e informação ou o art. 3º, nº 2 do Decreto-Lei nº 67/2003, sobre a presunção da originalidade da desconformidade.

¹⁹⁶ Veja-se o caso da presunção de culpa do art. 799º do CC, aplicada à responsabilidade contratual por erro médico. Apesar de exonerar o lesado da prova da culpa, a presunção não impede que lhe seja atribuída a *prova extremamente difícil* dos restantes pressupostos da responsabilidade. São incontáveis os casos em que, por *dificuldade probatória*, o lesado vê a sua pretensão de ressarcimento cair por terra. Dificuldade essa facilmente superável se se atribísse o ónus à contraparte com clara vantagem probatória.

3.2. Presença de bases principiológicas da Teoria da Distribuição Dinâmica

3.2.1. O efetivo acesso à justiça

GOMES CANOTILHO¹⁹⁷ classifica o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva – previsto no art. 20.º da CRP, e que, por força do art. 17.º beneficia do regime específico dos direitos, liberdades e garantias –, como sendo “ele mesmo, um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso inerente à ideia de Estado de Direito”. Por força do n.º 1 do art. 20.º da CRP fica, assim, assegurado a todos os cidadãos o direito fundamental de aceder à justiça, não podendo a mesma ser-lhe denegada por falta de meios económicos.

PEYRANO¹⁹⁸, não deixando de apontar uma legião de magistrados argentinos preocupados por não ter desempenhado devidamente o seu papel ao circunscreverem-se à resolução do conflito independentemente da dose de justiça obtida, tomou conta duma frequente invocação da velha máxima *dura lex sed lex*, ainda que tacitamente, por vários juízes – aqueles que, ao invés de promoverem a justiça, se limitavam a resolver o conflito, outorgando a correspondente paz social.

Entenda-se, no entanto, que o sentido de *acesso à justiça* vai além do direito de intentar a ação, encontrando-se intimamente ligado ao direito de receber uma decisão justa em tempo útil¹⁹⁹. Nesta senda, hoje em dia, pelo menos em princípio, a indiferença perante o resultado decisório já não resulta admissível. Desde logo, ao aplicador do direito têm vindo a ser atribuídos cada vez mais amplos *poderes instrutórios*, não podendo o mesmo refugiar-se na falta de convencimento para proferir a decisão que mais lhe aprouver, independentemente da sua (in)justiça. A decisão baseada nas *provas* produzidas resulta axiologicamente superior àquela em que foi necessário recorrer à *regra de distribuição do ónus* para decidir. Por isso mesmo não pode o juiz (ou não deve) refugiar-se na *regra de julgamento* sem ter reunido todos os esforços para obter *prova* necessária ao seu convencimento.

¹⁹⁷ Cf. Entre outros: Ac. TRL de 21-05-2020, Processo n.º 4282/18.3T8OER-A.L1-2, Relator: Nelson Borges Carneiro; Ac. TRP de 13-06-2019, Processo, n.º 1824/17.5T8PVZ.P1, Relator: Freitas Vieira; Ac. TC n.º 803/17 de 29-11-2017

¹⁹⁸ PEYRANO, Jorge W., “El Juez distribuidor de la justicia versus ele juez dador de paz social”, 2009. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2009/03/18/el-juez-distribuidor-de-la-justicia-versus-el-juez-dador-de-paz-social/>

¹⁹⁹ NEVES, Tatiana de Jesus, “A dinamização do ónus da prova”, *Revista da Escola de Magistratura do Paraná*, V. 6, Serzgraf, Curitiba, 2016, p. 137

Indissociável da ideia de *acesso à justiça* deve estar também a ideia de facilitar às partes a produção de *prova* que, a princípio, seria impossível e conseqüentemente resultaria numa improcedência²⁰⁰. Se, conforme LIEBMAN²⁰¹, “a justiça é o escopo último da jurisdição” e “a prova é um instrumento essencial, porque não pode haver justiça se não se funda sobre a verdade dos factos a que se refere”, deve o legislador reunir forças para que ao dispor das partes estejam todos os instrumentos necessários à produção de *prova*, evitando que a decisão em desfavor de uma das partes resulte única e exclusivamente da sua impossibilidade de produzir *prova*. E neste sentido, além de notar os poderes de *iniciativa probatória* atribuídos ao juiz, havemos de considerar a necessidade de uma *distribuição dinâmica*, porquanto não se pode negar a justiça patente na consideração da desigualdade das partes perante a *facilidade de prova*. Conforme MARIA DOS PRAZERES BELEZA²⁰², “o que em último caso pode justificar a inversão, ou a repartição, pelo juiz de acordo com as circunstâncias do caso, é sim a justiça da decisão”.

3.2.2. Poderes de direção e instrução do juiz

A experiência demonstrou que o *princípio do dispositivo*, na sua concepção clássica, relativiza além do necessário a apreciação da verdade pelo juiz, impondo-lhe a versão trazida pelas partes²⁰³. Nesta senda, com o objetivo de pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, torna-se necessário romper com concepções privatísticas e atrasadas do processo, fomentando-se o aumento das forças participativas do Estado. O juiz deixa de ser mero árbitro que assegura a observância das regras, para passar a participar ativamente do processo cuidando não só pelo justo emprego das normas, como também por uma participação e direção ativa no processo, sempre com vista ao seu convencimento²⁰⁴.

Neste contexto entra em cena a Reforma operada no CPC em 2013. A Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 113/XII²⁰⁵ que aprovou o novo CPC, deixa bem claro que a Reforma de 2013 completa a Reforma efetuada em 1995/1996, uma vez que, além de não

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 137

²⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *apud* CAPELO, Maria José, *Op. Cit.*, p. 206

²⁰² BELEZA, Maria dos Prazeres, *apud* RODRIGUES, Maria Gabriela A. L. da Cunha, *Op. Cit.*, p. 61

²⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Poderes... Op.Cit.*, p. 181

²⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “Efetividade e Tutela jurisdicional”, *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS, nº 3 (2005), p.170

²⁰⁵ Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 113/XII. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=37372>

entrar em rota de colisão com a mesma, preenche o vazio da sua concretização. Diz-se nessa exposição que foi a Reforma de 95/96 que “operou a viragem histórica e a atualização do direito adjetivo civil em Portugal”, “consagrando-se novos princípios, atribuindo-se ao juiz um papel dirigente e ativo, promovendo-se a igualdade substancial dos intervenientes processuais, com privilégio da verdade material, proibindo-se as decisões surpresa e revigorando-se o princípio do contraditório”.

Contudo, e por força das pendências processuais injustificadas que “aumentaram geometricamente” desde então, a Reforma de 2013 vem implementar medidas de simplificação processual e de reforço dos instrumentos de defesa contra o exercício de faculdades dilatórias, reforçar o poder de direção do processo pelo juiz e o *princípio do inquisitório* e importar para o processo comum o *princípio da gestão processual*, conferindo ao juiz um poder autónomo de direção ativa do processo sem desequilibrar os *princípios do dispositivo* e *do inquisitório*. No fundo, a Reforma 2013 voltou-se para o fortalecimento dos poderes instrutórios e de direção efetiva do processo pelo juiz – v.g. art. 5º, 411º, 6º, 7º, 490º, etc. –, simplificando e dando celeridade à *justa composição do litígio* e evitando a prática de atos inúteis meramente protelatórios.

Desde logo, por força do art. 411º CPC, fica o magistrado autorizado a determinar ou ordenar *produção de prova*, ainda que sem requerimento das partes, com vista à formação da sua própria convicção, à busca pela *verdade material* e à consequente decisão, a que não se pode obviar. Conforme SABRINA CARVALHO, uma tal ampliação de poderes ao magistrado constitui verdadeiro instrumento “corretivo”²⁰⁶. E, citando CAMPANELLI, acrescenta:

“A primeira função do poder oficial em determinar a realização de provas é servir como instrumento de efetivação do princípio isonômico, quando houver desigualdades entre os litigantes que possam ensejar a prolação de decisão manifestamente distorcida, baseada em fatos mal ou não provados.

A segunda função é buscar a verdade dos fatos, possibilitando a formação segura de convicção judicial para o julgamento da lide, nem sempre decorrente única e exclusivamente da atividade probatória das partes, fazendo-se necessária a investigação pelo próprio órgão julgador”²⁰⁷.

²⁰⁶ CARVALHO, Sabrina Nasser de, *Op. Cit.*, p. 357

²⁰⁷ CAMPANELLI, Luciana Amicucci, *apud Ibid.*, p. 358

Temos, no entanto, que, apesar de se ter tornado mister a atribuição de amplos *poderes de direção e instrução* ao juiz, estes hão de encontrar os seus limites na lei, sob pena de se comprometer a imparcialidade do juiz e se voltar a cair em autoritarismos desnecessários.

Nomeadamente, a nível *probatório*, deve o magistrado exercer os seus *poderes instrutórios* em conjunto com a *atividade probatória* das partes e não em substituição destas, pois que o intuito da ampliação de poderes não é o prejuízo de qualquer uma das partes, mas antes a chamada ao processo de subsídios necessários, que de outra forma não seriam alcançáveis. Os poderes assim atribuídos ao magistrado devem, pois, ser entendidos enquanto complementares ou integrativos, nunca como substitutivos do *onus subjetivo da prova*. Portanto, o que está em causa não será prestigiar a inércia da parte onerada, mas sim o suprimento de insuficiências não culpáveis ou dificuldades objetivas resultantes da atividade probatória das partes, zelando por um processo justo, eficaz e efetivo que garanta a paz social²⁰⁸.

Em última análise, os poderes instrutórios são também eficaz instrumento para reduzir a utilização da *regra de julgamento*, embora a mesma continue a poder ser aplicada quando, a final, os esforços dispensados, quer pelo juiz, quer pelas partes, não forem suficientes para arredar todas as dúvidas que impendam sobre a verificação dos *factos alegados*²⁰⁹.

3.2.3. Princípio da cooperação

Conforme MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, o *princípio da cooperação* – “princípio fundamental e angular do processo civil”²¹⁰ – faz impender não apenas sobre as partes, mas também sobre o tribunal, um dever de colaboração recíproco na resolução do conflito de interesses subjacente à ação, importando, assim, consequências para a posição processual das partes perante o tribunal e vice-versa, e ainda entre os sujeitos processuais em comum²¹¹. A *cooperação e a boa-fé processual* – seu corolário (previsto no art. 8.º do CPC)²¹² – são, assim deveres, ao nível da condução e da intervenção no processo judicial,

²⁰⁸ CARVALHO, Sabrina Nasser de, *Op. Cit.*, p. 358

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 359

²¹⁰ NETO, Abílio, *Op. Cit.*, p. 48

²¹¹ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa: Lex, 2004, p. 56

²¹² NETO, Abílio, *Op. Cit.*, p. 48

que impendem sobre os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes, impondo que estes cooperem entre si, concorrendo para a obtenção, com brevidade e eficácia, da *justa composição do litígio*²¹³.

Do *princípio* decorre, por um lado, para as partes, o dever de litigância de boa-fé (art. 8.º do CPC) – devem as partes abster-se de requerer a realização de diligências inúteis e de adotar expedientes dilatórios –, e um dever de colaboração na *descoberta da verdade*, estendido à área da *prova*, independente da *repartição do ónus*, ficando vinculada também a parte não onerada com a *prova do facto controvertido* (art. 417.º do CPC). E bem assim, também para as restantes pessoas, que, não sendo parte na causa, ainda devem a prestação de colaboração – no sentido de responder ao que lhe for perguntado, não obstar a inspeções necessárias facultando o eu lhes for requisitado e praticando os atos que forem determinados.

Por outro lado, idêntico dever de colaboração existe para o tribunal na sua relação com as partes. Este dever do órgão jurisdicional (que, em realidade, se trata de um poder-dever) desdobra-se em vários outros deveres, a saber, um dever de esclarecimento ou consulta, que visa evitar uma decisão com base na desinformação e não na verdade apurada, um dever de prevenção ou informação, procurando-se obviar as “decisões surpresa”, e ainda um dever de auxílio às partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento dos seus *ónus* ou *deveres processuais*²¹⁴.

ABÍLIO NETO, na sua anotação ao art. 7º do CPC, defende que o *princípio da cooperação* deve presidir a toda a atuação em juízo – inicia-se com o ajuizamento da demanda – e que é inspirador não só das regras dos n.º 2, 3 e 4 do art. 7º, mas ainda de normas como as dos arts. 151º, 590º, 417º, etc.²¹⁵.

Ideia que foi sendo reforçada ao longo do presente estudo é a de que a *cooperação* é um dos *princípios* norteadores da *distribuição dinâmica*, segundo o qual as partes têm o dever de colaborar com o órgão jurisdicional na busca da verdade real, sem se refugiar no seu exclusivo interesse particular²¹⁶. Uma tal *distribuição* implica, portanto, um desenvolvimento do processo independente da noção liberal de “luta judicial”, aclarando

²¹³ Vide Lexionário DRE, <https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/124194975/view>

²¹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de, *Op. Cit.*, p. 57

²¹⁵ NETO, Abílio, *Op. Cit.*, p. 46

²¹⁶ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 244

como protagonistas a *solidariedade e a cooperação* entre as partes para elucidação dos *factos* levados à contenda²¹⁷.

Em sede probatória o *dever de cooperação* decorre do *direito à prova* – consagrado tanto na Constituição Portuguesa como na Brasileira –, que somente se torna legítimo na medida em que puder ser obtido a partir do estabelecimento do dever de colaboração em matéria de *prova*. Este dever encontra-se descrito no art. 417º do CPC, iniciando-se com o ajuizamento da demanda, uma vez que cabe as partes expor os *factos* conforme a verdade e implica que estas se pautem pela boa-fé, abstendo-se de praticar qualquer dos atos descritos no art. 542º do CPC.

Assim, temos que a *redistribuição* dos *encargos probatórios* deve ocorrer, preferencialmente, antes do início da *fase instrutória*, aquando do saneamento e da organização do processo, como, aliás, explicita o próprio CPC brasileiro (art. 357º). Mas, o *mecanismo de distribuição* não pode, nem deve servir para o pré-julgamento da causa. A decisão que aplica essa *redistribuição*, além de fundamentada, deve ainda dar ao sujeito *dinamicamente* onerado a oportunidade de se desincumbir do *onus* que lhe foi atribuído (art. 373º § 1º do CPC/2015) – assegurando a *garantia constitucional do contraditório*, evitando decisões surpresa²¹⁸. Aliás, mesmo que a conclusão pela *distribuição dinâmica* ocorra no fim da *fase instrutória*, esta deverá ser retomada, notificando-se o novo onerado para produzir *prova*, sempre com expressa referência da *fonte* e do *meio de prova* pertinentes, sob pena de violação dos *princípios do contraditório e ampla defesa, boa-fé e cooperação processual*²¹⁹. Temos assim que a preocupação com a *cooperação e diálogo processual* – pressuposto inerente dessa *cooperação* – deve estar presente ao longo de todo o processo, e não apenas na *fase de decisão*. Tudo isto com vista a assegurar a justiça do caso²²⁰.

3.2.4. A igualdade material das partes no campo probatório

A ideia de *igualdade* nem sempre se assumiu como hodiernamente se assume (pelo menos na maior parte das sociedades ou mesmo dos respetivos ordenamentos jurídicos), mas com o decorrer dos tempos tornou-se salutar.

²¹⁷ RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, *Op. Cit.*, p. 513

²¹⁸ CAMBI, Eduardo, “Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC”, in: JR., Fredie Didier (coord.), *Direito Probatório*, V. 5, Salvador-Bahía: JusPodivm, 2015, p. 198-199

²¹⁹ GAGNO, Luciano Picoli. *Op. Cit.*, p. 120

²²⁰ BRASIL, Deilton Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 496

Primeiramente é importante ressaltar que a conceito de *igualdade*, por assumir uma multiplicidade de conteúdos, não tem sido alvo de consenso generalizado. Contudo, podemos desde logo estabelecer a conexão avançada por ARISTÓTELES – e que tem vindo sendo reafirmada por diversos autores – de que “Justiça é igualdade”²²¹, bem como a estreita ligação entre a *igualdade* e a *dignidade da pessoa humana*²²².

Do *princípio da igualdade das partes* ou da *paridade processual* resulta, conforme disposto no art. 4º do CPC, que:

“O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.”

Este *princípio* traduz-se na *igualdade* de tratamento de ambas as partes ao longo de todo o processo e mais não é do que uma decorrência de direitos constitucionalmente consagrados – a *igualdade dos cidadãos perante a lei* (art. 13º da CRP) e o *livre acesso ao direito e aos tribunais* (art. 20º da CRP)²²³.

“Porque se visa uma igualdade substancial, e não meramente formal, é fundamental que o tribunal trate as partes em termos de corrigir eventuais desigualdades e em termos de evitar a criação de desigualdades.”²²⁴. É importante, pois, que se trate igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual – máxima que remonta a ARISTÓTELES. Não se pretende tratar tudo por igual, mas antes tratar por igual na medida da sua desigualdade, uma vez que, atribuindo às partes tratamento não diferenciado impossibilitar-se-ia o afastamento das desigualdades que lhe são inerentes, comprometendo-se o *efetivo acesso à jurisdição*²²⁵.

Porém, da generalidade e abstracionismo característicos da lei resulta (apenas) uma igualdade formal, abstraída da vida real das pessoas e eventuais distinções concretas existentes entre elas²²⁶. E, embora se garanta dessa forma a tão prestigiada previsibilidade

²²¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, CAEIRO, António Castro (trad.), 4ª ed. – reimp., Lisboa: Quetzal, 2020, p. 123

²²² CANOTILHO, J. J. Gomes, *Op. Cit.*, p. 430

²²³ MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo, *O novo processo civil*, 12ª ed. – reimp., Coimbra: Almedina, 2011, p. 31-32

²²⁴ PIMENTA, Paulo, *Op. Cit.*, p. 30

²²⁵ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, *Op. Cit.*, p. 244

²²⁶ CARPES, Artur, *apud* CARVALHO, Sabrina Nasser de, *Op. Cit.*, p. 354

do procedimento, fica patente a insuficiência da *regra estática de distribuição* e resulta evidente, mais uma vez, a utilidade da *dinamização*.

Além do *princípio da cooperação*, também o *princípio da igualdade* é norteador da teoria da *distribuição dinâmica*, aqui sim, enquanto *igualdade material*, porquanto se atende às especificidades do caso e seus sujeitos. E se, como vimos, a *prova* é instrumento essencial para alcançar a finalidade do processo – a justiça –, então ambas as partes devem ter *direito à prova* na mesma medida, ou, pelo menos, não serem prejudicadas por não disporem dos mesmos meios para alcançá-la. Só assim se alcança a *igualdade material*, intimamente ligada ao *acesso efetivo à justiça* a que ambas as partes devem ter direito.

CONCLUSÕES

Traçando as premissas conceituais necessárias à teorização da *regra de distribuição do ónus da prova* temos que: a) o termo *prova* é modernamente entendido, em termos jurídicos, como um conceito plurissignificante, encerrando três aceções – *prova como meio, como resultado* ou *como atividade*; b) um *ónus jurídico*, como o próprio nome indica, não se confunde com uma *obrigação* ou *dever*, antes se traduz, ao reverso destes, num vínculo imposto à vontade das partes que fica à sua escolha seguir ou não; c) o *ónus da prova* nada mais é do que *regra de conduta* para as partes – enquanto “orientação” ao seu comportamento, que elas terão interesse em cumprir (*ónus subjetivo*) – e *regra de julgamento* para o magistrado – enquanto instrumento de auxílio na decisão do processo que por falta de elementos necessários à sua convicção levaria à prolação do proibido *non liquet* (*ónus objetivo*).

Avançando para ao tema precípua, louvamos as mostras de preocupação com a *debilidade probatória* que o legislador português concedeu, promovendo – sem beliscar a *segurança jurídica* conferida pela *regra estática de distribuição do ónus da prova* (art. 342º do CC) – mecanismos de exceção a essa *regra*, como sejam as *presunções legais*, a *inversão do ónus da prova* resultante de dificuldade culposa provocada pela contraparte ou mesmo a *redistribuição por convenção* das partes.

A despeito da resposta do legislador, cremos não serem suficientes os progressos até então alcançados, menos ainda o *critério fixo e abstrato* atualmente previsto, porquanto importa essencialmente ter em atenção os casos em que a *justa composição do litígio* não se obtém por mera inércia da parte que, não tendo interesse em *provar*, se limita a esperar que a sentença se resolva em seu proveito, deixando assim uma das partes em clara desvantagem probatória e acabando por privilegiar a *paz social* em *detrimento da justiça*.

Embora *regra estática e dinâmica* pareçam representar dois pontos de partida diversos mas igualmente válidos para o mesmo problema – um centra-se no *facto a ser provado* a despeito de quem se encontra em melhores condições de fazê-lo, ao passo que o outro se baseia nas *possibilidades de oferecer prova* que cada litigante encontra na contenda, mas ambos pretendem alcançar uma *distribuição do ónus* – o breve confronto com o CPC/2015 permite enxergar que a *distribuição dinâmica* não afasta, de *per si*, as *regras* legalmente fixadas pelo legislador. Pelo contrário, o que efetivamente se pretende será um

aligeiramento do *critério fixado abstratamente*, tomando sempre em consideração os contornos do caso concreto. A ideia passa, não pela total liberdade do magistrado para subverter a *distribuição legal*, mas antes pela ponderação, em concreto, da necessidade de distribuir o *ônus* diferentemente. Ambos os critérios devem pois coexistir, sob pena de, por um lado, comprometer irremediavelmente a *segurança jurídica* e, por outro, inutilizar o *acesso à justiça*.

Num *sistema misto*, marcado por um *princípio do dispositivo* e temperado pelo *princípio do inquisitório* em que ao juiz se atribui um papel ativo com relevantes poderes de *instrução e direção* do processo, em prol da *celeridade* e *justa composição do litígio*, não se percebe a indiferença da doutrina e jurisprudência face à crescente necessidade de admitir a *flexibilização* da *regra de distribuição* do *ônus da prova*. Servindo este *instituto* um propósito de equilíbrio de forças – preocupando-se com valores como a *efetividade*, *igualdade* e *cooperação* – e acabando, em última análise, por promover a *celeridade* na medida em que *distribui a prova* à parte que mais facilmente pode obtê-la, evitando, inclusive, inércia dessa parte por saber que a outra não conseguirá obtê-la, menos se compreende como é que, no seio de uma Reforma direcionada para a *efetividade* e *celeridade processual*, não entendeu o legislador ser necessário incluir o *instituto* objeto de estudo.

A *teoria* já efetivamente consagrada em ordenamentos como Argentina, Colômbia, Espanha ou Brasil foi, numa primeira fase, alvo de aplicação meramente jurisprudencial. Não querendo com isto dizer que deve o mesmo ser feito entre nós, serve, ao menos, esta intervenção para demonstrar a relevância de um problema que carece de resposta e apresentar aquela que achamos ser a melhor solução. De facto, depois da consagração legal já não faz sentido que se fale em falta de *segurança jurídica*. E, assim, até que ponto não será preferível prever legalmente os contornos em que a *flexibilização* deve operar no nosso ordenamento, em vez de deixar ao arbítrio do julgador a *apreciação de prova* que pode nem chegar a existir?

Sem mais, quer se opte pela ampla tipificação da possibilidade de *dinamização*, quer se seja mais cauteloso e se fique por prevê-la somente para casos específicos em que a *distribuição estática* conduz tendencialmente a *probatio diabolica*, certo é que a insensibilidade ao tema, observada pelo legislador na Reforma de 2013, não pode persistir numa próxima alteração ao CPC. É, aliás, premente que algo se faça com relação à problemática apresentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, SILVA, Virgílio Afonso da (trad.), São Paulo: Malheiros Editores, 2008 ISBN 85-7420-872-8

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Nova ed. rev. e atualizada – reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1993 ISBN 9723206269

____ *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 1966

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, CAEIRO, António Castro (trad.), 4.^a ed. – reimp., Lisboa: Quetzal, 2020 ISBN 9789725648032

AZEVEDO, Gustavo, “Ônus e deveres processuais”, *Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife*, V. 92, nº 2 (2020), p. 232-250. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/index> e-ISSN 2448-2307

BRASIL, Deilton Ribeiro, “A ressignificação do Ônus Probatório na Defesa Coletiva do Meio Ambiente: Aspectos Processuais nas Ações Coletivas”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, Lisboa: Juruá. ISSN: 2183-6396. Ano III, nº IV (2017), p. 491- 514

BUZAID, Alfredo, “Do ônus da prova”, *Revista da faculdade de Direito da USP*, São Paulo: [s.n.]. ISSN 0303-9838. V. 57 (1962), p. 113-140.

CAMBI, Eduardo, “Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC”, in: JR., Fredie Didier (coord.), *Direito Probatório*, V. 5, Salvador-Bahía: JusPodivm, 2015, p. 187-210 ISBN 8544205526

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. – 15.^a reimp., Coimbra: Almedina, 2015 ISBN 9789724021065

CAPELO, Maria José, “Principais novidades sobre provas no novo Código de Processo Civil português”, in: João Calvão da Silva [et al.] (org.), *Processo Civil Comparado: Análise entre Brasil e Portugal*, São Paulo: Editora Forense, 2017, p. 183-210 ISBN 9788530976965

CARPES, Artur Thompsen, *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*, sob a orientação de Danilo Knijnik. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2008. Dissertação de Mestrado.

CARVALHO, Sabrina Nasser de, “Premissas para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Ano 11, V. 18, nº 1 (2017), p. 346-376. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/archive> e-ISSN: 1982-7636

ECHANDIA, Hernando Devis, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Editor Victor P. de Zavalía, 1972

FERNANDEZ, Elizabeth, “A prova difícil ou impossível”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, V. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 811-834 ISBN 9789723221190

FREITAS, José Lebre de, *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4ª ed. – reimp., Coimbra: Gestlegal, 2018 ISBN 9789899982420

____ *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª ed. – reimp., Coimbra: Gestlegal, 2020 ISBN 9789899982413

GAGNO, Luciano Picoli, “O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova”, *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981. Ano 40, V. 249 (2015), p. 117-139

GIDI, Antonio, “Aspetos da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor”, *Magazine of Civil Procedural Law: University of Houston Law Center*, V. 3, nº 2007-A-40 (1996), p. 583-593. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>

GOULART, Sara Fernandes, “Aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro”, *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis: PGJ: ACMP. ISSN 1981-1683. V. 8, nº 19 (2011), p. 207-240

GRAU, Eros Roberto, “Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ónus”, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo: [s.n.]. ISSN 0303-9838. V. 77 (1982), p. 177-183

GRECO, Leonardo, “As Provas no Processo Ambiental”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: Bios. ISSN 1808-897X. V. 4, nº 4 (2005), p. 191-118.

____ “O conceito de prova”, *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos. ISSN 1518-606. Ano IV, nº 4 - Ano V, nº 5 (2003-2004), p. 213-269

JUNIOR, Samuel Meira Brasil; CUNHA, Gabriel Sardenberg, “Inversão do ónus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: Retrato da Distribuição Dinâmica”, *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-1981 V. 43, nº 283 (2018), p. 257-284

KNIJNIK, Danilo, “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*”, in: FUX, Luiz [et al.] (coord.), *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 943-951 ISBN 8520328911

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, V. I, 4ª ed. – reimp., Coimbra: Coimbra editora, 2011 ISBN 9789723200379

LOPÉZ, Mercedes Fernández, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid: La Ley, 2006 ISBN 9788497256872

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo, *O novo processo civil*, 12.ª ed. – reimp., Coimbra: Almedina, 2011 ISBN 9789724044224

MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em Processo Civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961

MIDÓN, Marcelo Sebastián, *Derecho probatorio: parte general*, V. 1, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007 ISBN 9789875271364

MIGUEL Y ALONSO, Carlos, “Los principios de la Carga de la Prueba en el Proceso Civil”, *in: Separata Boletim da Faculdade de Direito*, V. 36 (1958), Coimbra: [s.n.], p. 1-26

MÚRIAS, Pedro, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: Lex, 2000 ISBN 9729495939

NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 4.^a ed. – rev. e ampliada, Lisboa: Ediforum, 2017 ISBN 9789898438171

NIEVA-FENOLL, Jordi, “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *Revista Estudios de Derecho – UdeA*, V. 77, nº 170 (2020), p. 117-148 [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde> e-ISSN 2145-6151

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, “A garantia do contraditório”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, RS/Porto Alegre: Síntese. ISSN 0104-6594. V. 15, 1998, p. 7-20.

____ “Efetividade e Tutela jurisdicional”, *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS. ISSN 1678-5029. nº 3 (2005), p. 169-194.

____ “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Lisbon Law Editions. ISSN 0870-3116. V. 44, nº 1-2 (2003), p. 179-212

PELICANI, Rosa Benites; PELLICANI, Roger Benites, “O Código de defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova: momento, aspetos polêmicos e visão judicial”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Paulo: [s.n.]. ISSN 2358-1832. V. 11 (2005), p. 362-374

PEYRANO, Jorge W., “La carga de la prueba”, *in: Escritos sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires: [s.n.], 2011, p. 957-974.

____ “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Argentina: La Ley. ISSN 1666-4590. Año 19, nº 1 (2017), p. 1-7.

PIMENTA, Paulo, *Processo civil declarativo*, 3.^a ed. – reimp., Coimbra: Almedina, 2021 ISBN 9789724087153

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2006 ISBN 972402928x

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: anotado*, V. 3, 4.^a ed. – reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1985

RODRIGUES, Daniel Colnago; NETO, João Pereira Monteiro, “Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ónus da prova”, in: JR., Fredie Didier (coord.), *Coleção Novo CPC Doutrina selecionada: Provas*, Cap. 21, V. 3, 2.^a ed. – rev. e atualizada, Salvador-Bahía: Jus Podivm, 2016, p. 501-532 ISBN 9788544207437

RODRIGUES, Maria Gabriela A. L. da Cunha, “Poderes de Iniciativa do Juiz em Processo Civil e Ónus da Prova”, *Revista do CEJ*, Coimbra: Almedina. ISSN 1645-829X. Nº 1-I (2016), p. 27-62

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, KROTOSCHIN, Ernesto (trad.), Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956

SANTOS, Hugo Luz dos, “Plaidoyer por uma ‘distribuição dinâmica do ónus da prova’ e pela ‘teoria das esferas do risco’ à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?”, *Revista Eletrónica de Direito*, nº 1 (2015), p. 4. Disponível em: <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2015-nordm-1/> e-ISSN 2182-9845

SANTOS, Hugo Luz dos; WEI, Wang, “A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito processual civil de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do direito comparado”, *Scientia Iuridica Revista de direito comparado Português e Brasileiro*, Braga: Livraria Cruz. ISSN 0870-8185. Tomo LXVI, nº 343 – Janeiro/Abril (2017), p. 41-68

SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis, “Carga dinâmica da prova e o direito de antidiscriminação”, in: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo [et al.]

(coord.), *Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II - XXVI Encontro Nacional do Conpedi Brasília -DF*, Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 99 – 116 ISBN 9788555054112

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2.^a ed., Lisboa: Lex, 2004 ISBN 9728634021

TARUFFO, Michele, “O ónus como figura processual”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, V. 11, nº 11 (2013), p. 420-431. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/archive> e-ISSN: 1982-7636.

____ *La prueba de los hechos*, BELTRÁN, Jordi Ferrer (trad.), Madrid: Editorial Trotta, 2002 ISBN 8481645346

TEIXEIRA, Micael Martins, “Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova”, in *Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, nº 2, Coimbra: Almedina, 2014, p. 265-386 ISBN 9789724055862

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro, “Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015”, in: JR., Fredie Didier (coord.), *Coleção Novo CPC Doutrina selecionada: Provas*, Cap. 7, V. 3, 2.^a ed. – rev. e atualizada, Salvador-Bahía: Editora Jus Podivm, 2016, p. 232-250 ISBN 9788544207437

VALENTÍN, Gabriel, “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho*, Uruguai: Faculdade de Dereito de la Universidade Católica do Uruguai, Ano 9, nº 10 (2014), p. 249-277. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/743/733> e-ISSN 1510-374

WATANABE, Kazuo, “Disposições Gerais”, In: *Código brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, 5.^a ed. – rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 610-666. ISBN 8521801440

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova”, *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. ISSN 0100-198. Ano 37, V. 205 (2012), p. 115-159

Legislação e Outras Referências

BRITO, Ana, “Livre apreciação de prova e prova indireta”, texto que serviu de base à apresentação no Curso de Temas de Direito Penal e de Processo Penal, ministrado pelo Centro de Estudos Judiciários no âmbito da Formação Contínua, em Maio de 2013. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: http://www.tre.mj.pt/informacao/estudos.html#ESTUDOS_CRIM

Código Civil Português.

Código da Defesa do Consumidor Brasileiro. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=cdc>

Código de Processo Civil Brasileiro ____ Versão de 1973. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/busca?q=cpc+1973> ____ Versão de 2015. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/busca?q=cpc+2015>

Código de Processo Civil Português.

Código Penal Português.

Constituição da República Portuguesa.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

Decreto-Lei nº 67/2003. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=706&tabela=leis

Estatuto dos Magistrados Judiciais. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=5&tabela=leis

Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 113/XII. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=37372>.

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>

<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=837&tabela=leis&so_miolo

Lexionário do Diário da República Eletrónico. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em:

<https://dre.pt/web/guest/lexionario>

MASCIOTRA, Mário, "La carga de la prueba en el Proceso Civil", 24 Jul. 2020. ID SAIJ:

DACF200163. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar>

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em:

https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf

PEYRANO, Jorge W., "El Juez distribuidor de la justicia versus el juez dador de paz social", 2009. [Acedido a 29-10-2021]. Disponível em:

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2009/03/18/el-juez-distribuidor-de-la-justicia-versus-el-juez-dador-de-paz-social/>

Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil Alemão). [Acedido a 29-10-2021].

Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão STJ BR., de 13-04-2011, REsp. 802832/MG, Relator: Paulo de Tarso Tanseverino. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866343138/recurso-especial-resp-802832-mg-2005-0203865-3>

Acórdão STJ BR., de 19-08-2010, REsp. 1125621/MG, Relator: Nancy Adrighi. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127440/recurso-especial-resp-1125621-mg-2009-0132377-8-stj>

Acórdão STJ BR., de 30-09-2014, REsp. 1450473/SC, Relator: Mauro Campbell Marques. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865028677/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1450473-sc-2014-0066160-5>

Acórdão TC nº 248/2009 de 12-05-2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/1191480/details/normal?q=processo+78%2F09>

Acórdão TC nº 803/17 de 29-11-2017. Disponível em: <https://blook.pt/caselaw/PT/TC/530952/>

Acórdão TRC de 09-02-2021, Processo nº 275/19.1T8TCS-A.C1, Relator: António Carvalho Martins. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2d75ea95c3dfb359802586c100329b5a?OpenDocument>

Acórdão TRC de 22-06-2010, Processo nº 1803/08.3TBVIS.C1, Relator: Carvalho Martins. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9ccfa7973198e48c80257765003dcdd3?OpenDocument>.

Acórdão TRC de 22-09-2015, Processo nº 2604/15.8T8VIS.C1, Relator: António Carvalho Martins. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/b34dbcbcf99e6fc080257ee00034c0d3?OpenDocument>

Acórdão TRC de 30-06-2015, Processo nº 63/13.9TBOLR.C1, Relator: Isabel Silva.
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8d714968c74aa55380257e7a00391d61?OpenDocument>

Acórdão TRL de 21-05-2020, Processo nº 4282/18.3T8OER-A.L1-2, Relator: Nelson Borges Carneiro. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/82d19654f4e5c6788025858f0046554a?OpenDocument>

Acórdão TRL de 29-05-2013, Processo nº 7053/10.1TBCSC.L1-6, Relator: Fátima Galante.
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2f6e7da31388083280257bf60033eee0?OpenDocument>

Acórdão TRP de 13-06-2019, Processo, nº 1824/17.5T8PVZ.P1, Relator: Freitas Vieira.
Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f7e28d45b9247e48025843900467306?OpenDocument>