

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

*Da Distribuição do Ónus da Prova no Direito Processual Civil Português –
Contributo para o Estudo da Possibilidade de Flexibilização através de uma
Distribuição Dinâmica*

Joana Maria Moreira Beirão

Dissertação de Mestrado Profissionalizante
Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

2017

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

*Da Distribuição do Ónus da Prova no Direito Processual Civil Português –
Contributo para o Estudo da Possibilidade de Flexibilização através de uma
Distribuição Dinâmica*

Joana Maria Moreira Beirão

Dissertação orientada pelo Professor Doutor Rui Pinto
Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses

2017

INDICAÇÕES DE LEITURA

A bibliografia e jurisprudência, consultadas e citadas em rodapé, constam da parte final da dissertação.

Ao longo do texto, as obras citam-se pelo autor, como é habitualmente reconhecido, título, volume e/ou tomo, número de edição, ano e página(s), e a primeira citação de títulos inseridos em obra coletiva inclui, à semelhança dos títulos inseridos em publicações periódicas, a indicação da obra coletiva imediatamente a seguir ao título. Para efeito de indicações subsequentes omite-se, em princípio, o número de edição, o volume e/ou tomo, fazendo-se apenas referência ao nome do autor, seguido do início do título, da data entre parênteses e com a indicação de “cit.” e da(s) página(s) respetiva(s).

As decisões jurisprudenciais são citadas por tribunal, data, número da decisão e relator. Na ausência de menção diferente, a jurisprudência portuguesa citada foi recolhida no Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, no seguinte endereço eletrónico: «www.dgsi.pt».

As traduções para português, em que não tenha sido indicado o nome do tradutor, são da nossa responsabilidade. As citações *ipsis verbis* de passagens de obras ou publicações periódicas escritas em língua estrangeira são feitas, por razões de fidedignidade contenedística, entre aspas, reservando-se o itálico para a utilização de palavras ou expressões em sentido figurado, ou a que se pretende dar especial relevo, ou a que respondam a grafia estrangeira.

A autora escreve segundo o “novo” acordo ortográfico, em vigor em Portugal. As designações e as citações *ipsis verbis* de passagens de obras ou publicações periódicas escritas em língua portuguesa, mas não observando o “novo” acordo ortográfico (ou respeitando o acordo de ortografia vigente à altura da sua produção) são feitas, por razões de fidedignidade, conforme as regras de ortografia utilizadas pelos respetivos autores, pelo que não serão convertidas para as regras de ortografia ora vigentes.

Para efeitos do presente trabalho, considerou-se a legislação, doutrina, jurisprudência e documentação acessível ou com entrada em vigor até 21 de janeiro de 2017.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

Ac./ac.	- acórdão
art.	- artigo
art. ^{os}	- artigos
AT	- Administração Tributária
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
CC	- Código Civil (português)
CEE	- Comunidade Económica Europeia
CEDH	- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CDC	- Código do Consumidor (brasileiro)
cit.	- citado/a
CT	- Código do Trabalho (português)
CPC	- Código de Processo Civil (português)
CPPT	- Código de Procedimento e Processo Tributário (português)
CRP	- Constituição da República Portuguesa
DL	- Decreto-Lei
DUDH	- Declaração Universal dos Direitos do Homem
ed.	- edição
i.e.	- isto é
EUA	- Estados Unidos da América
NCPC	- Novo Código de Processo Civil (português)
n.º	- número
n. ^{os}	- números
NCPC	- Novo Código de Processo Civil (português)
LGT	- Lei Geral Tributária
LEC	- Ley de Enjuiciamiento Civil
p.	- página
pp.	- páginas
RCP	- Regulamento das Custas Processuais
RSP	- Regime dos Sistemas de Pagamento
seg.s.	- seguintes
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça

V./v.	- volume
V.g/v.g.	- <i>verbi gratia</i> , por exemplo
T./t.	- tomo
TCAN	- Tribunal Central Administrativo Norte
TRC	- Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	- Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	- Tribunal da Relação do Porto

RESUMO

A presente dissertação trata a distribuição do ónus da prova no direito processual civil português.

Através desta tentaremos encontrar uma resposta, tão rigorosa quanto possível, à seguinte questão: pode e deve o ordenamento jurídico português consagrar a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, tendo em vista a adoção de uma solução complementar às normas previstas no Código Civil, que confira maior flexibilização àquelas, para acautelar os casos de comprovada dificuldade ou impossibilidade, objetiva e subjetiva, de produção da prova?

Parece-nos ser uma das questões processuais mais difíceis, atenta a importância da prova no processo e o impacto da Teoria para o ordenamento jurídico, tal como o conhecemos hoje.

A escassez de estudos que versem sobre o ónus da prova, e, em especial, do ponto de vista da distribuição constituiu o mote da presente dissertação.

Dito isto, iremos analisar em primeiro lugar o regime da distribuição do ónus da prova. Depois enunciaremos as dificuldades a que ele conduz, as principais soluções desenvolvidas na doutrina, e selecionaremos a Teoria Dinâmica do Ónus da Prova para aferir da possibilidade de resolver o problema jurídico.

Em seguida analisaremos detalhadamente a mencionada Teoria.

E, por fim, procuraremos convencer do resultado a que levaria a adoção da mencionada Teoria, para depois desenvolvermos a solução por nós aconselhada para resolver o problema jurídico.

Um objetivo paralelo àquele elencado consiste em trazer uma nova frescura à procura de soluções para este problema jurídico.

Este é o nosso modesto contributo para um novo despertar da curiosidade em torno desta problemática tão presente no dia-a-dia dos nossos tribunais.

Palavras-chave: ónus; ónus da prova; processo civil; direito probatório material; Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova.

ABSTRACT

The present dissertation addresses the distribution of the burden of proof in the Portuguese civil procedural law.

With our research, we shall attempt to retrieve an answer, as rigorous as possible, to the following enquiry: foreseeing the adoption of an auxiliary solution to the norms established in the Civil Code, can and should the Portuguese legal order welcome the Dynamic Theory of Distribution of the Burden of Proof, so to confer greater flexibility to the former and thus legally provide for the cases of demonstrated inconvenience or impracticality, objectively and subjectively, in the taking of evidence?

This has stricken us as one of the most challenging procedural queries, given the importance of the proof in the procedure and the impact of the Theory for the legal order as it currently stands. The absence of studies on the burden of proof, particularly from the perspective of the distribution, is the motto of the current essay.

Having said inasmuch, we will foremost analyze the legal regime of the distribution of the burden of proof. Afterwards, we continue onto formulating the obstacles to which it leads, the main solutions developed by the literature, and onto choosing the Dynamic Theory of Distribution of the Burden of Proof to measure its capacity to tackle and solve the legal conundrum. Preceded by a detailed account of the mentioned Theory, we shall in fine attempt at elaborating the picture its adoption would lead to, only to unravel our opinion on the solution best advised to resolving the problem.

A parallel drive to the mentioned endeavor is to bring some newness to the search for clarification of this legal issue. This is our modest contribution to a recent awakening of curiosity towards such a quiz deeply present in the daily business of our courts.

Key-words: burden; burden of proof; civil procedure; evidentiary material law; Theory of the Dynamic Distribution of the Burden of Proof.

ÍNDICE

INDICAÇÕES DE LEITURA.....	3
ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS.....	4
RESUMO	6
ABSTRACT	7
ÍNDICE.....	8
INTRODUÇÃO.....	11
1. O problema.....	11
2. Razão de ordem	12
CAPITULO I.....	14
DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS	14
SECÇÃO I - Contextualização	14
1. Ónus da prova: conceito e distinções – o ónus da prova como falso ónus.....	14
2. Distribuição do ónus da prova	20
2.1. Conceito, Teoria das Normas e consagrações possíveis	20
2.2. Regra geral	22
2.3. Casos especiais.....	25
2.4. Inversão	27
3. Conclusões.....	34
SECÇÃO II.....	35
Necessidade de flexibilização da distribuição do ónus da prova no processo civil português	35
1. Problema.....	35
1.1. Demonstração.....	35
1.2. Consequências.....	42
1.3. Conclusões	44
2. Soluções possíveis para alcançar a flexibilização	46
2.1. Enumeração.....	46
2.2. Seleção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova.....	47
CAPITULO II.....	48
TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA.....	48
1. Origem e contexto	48

2.	Análise dos pressupostos e limites	51
3.	Casuísmo	52
4.	Melhores condições probatórias	52
5.	Caráter excepcional	54
6.	Natureza jurídica.....	55
7.	Conclusões - Teoria por desenvolver	56
8.	Ordenamentos jurídicos que a importaram.....	57
CAPÍTULO III		66
PONDERAÇÃO DA IMPORTAÇÃO DA TEORIA PARA ALCANÇAR A		
FLEXIBILIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO		
DECLARATIVO CIVIL PORTUGUÊS		
		66
1.	Razão de ordem	66
2.	Ponderação da Teoria	67
2.1.	Virtualidades	67
2.2.	Estado da receção da Teoria.....	68
2.2.1.	Falta de previsão legal e interesse legislativo	68
2.2.2.	Escassez de interesse e apoio doutrinal	69
2.2.3.	Falta de iniciativa jurisprudencial.....	71
2.3.	Dificuldades	73
2.3.1.	Dificuldade terminológica	73
2.3.2.	Dificuldade objetiva.....	73
2.3.3.	Dificuldades na redação da norma habilitante	74
2.3.4.	Dificuldade na determinação do momento processual	77
2.3.5.	Dificuldade de acautelar a certeza, segurança e expectativas jurídicas	83
2.3.6.	Dificuldade de enquadramento no sistema probatório português.....	84
2.3.7.	Dificuldade pelo falso incentivo à produção da prova.....	89
2.3.8.	A armadilha do princípio da cooperação ou colaboração	94
2.3.9.	Dificuldade na prova e fundamentação – transferência da dificuldade	98
2.3.10.	Dificuldade no alcance da igualdade material.....	99
2.4.	A Teoria resolve o problema mas “morreríamos da cura”	101
3.	Caminho a seguir	104
3.1.	Superação das dificuldades subjetivas	105
3.1.1.	Livre apreciação da prova.....	105
3.1.2.	Presunções judiciais	105

3.1.3. Outras formas de atenuar as desigualdades subjetivas	106
3.2. Distribuição do ónus da prova em áreas de reconhecida dificuldade probatória.....	107
3.2.1. Direito do Trabalho.....	108
3.2.2. Direito Fiscal.....	109
3.2.3. Responsabilidade contratual e extracontratual.....	111
3.2.3.1. Generalidades.....	111
3.2.3.2. Responsabilidade civil médica.....	112
3.2.4. Direito do Consumo	115
3.2.4.1. Generalidades.....	115
3.2.4.2. Responsabilidade do produtor.....	116
3.2.4.3. <i>Homebanking</i>	118
3.2.5. Direito do Ambiente	120
4. Conclusões.....	122
CONCLUSÕES	123
BIBLIOGRAFIA	132
JURISPRUDÊNCIA.....	141

INTRODUÇÃO

1. O problema

Aquando da denominada Reforma do Processo Civil, que culminou com a aprovação do novo Código de Processo Civil (NCPC), operada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, várias vezes se levantaram sobre as opções legislativas a adotar, as alterações a encabeçar, bem como os caminhos a deixar de trilhar. Nessa senda, escreveu-se muito sobre as dificuldades do respetivo projeto de lei, e organizaram-se conferências e debates, que reuniram as principais considerações sobre a Reforma. Por esta altura, também do outro lado do Atlântico, os processualistas brasileiros viam-se a braços com uma reforma no seio do processo civil. E foi precisamente neste contexto de mudança legislativa que nos deparamos com a discussão em torno da distribuição do ónus da prova. Preocupação essa seriamente discutida e infimamente teorizada por juristas, advogados e magistrados. Entre nós, escreveu-se tenuemente¹ sobre este assunto, mas foi o suficiente para nos despertar a atenção para a problemática.

Auspicia-se que o Direito será mais reclamado do que nunca para garantir a ordem e a paz social, numa sociedade global, em mutação permanente. E se isto configura uma mera previsão, consabido é que a prova é a espinhal dorsal do processo declarativo². E a dificuldade da prova, seja pelas próprias características do facto a provar ou da área em que se insere (dificuldade objetiva), seja por que incumbe a uma parte que apresenta mais dificuldades comparativas em realizá-la (dificuldade subjetiva) será um tema cada vez mais frequente e complexo.³ Aliás, o tema da dificuldade ou (mesmo) impossibilidade da prova de determinados factos pela parte processual onerada começa a suscitar o interesse de alguma doutrina e jurisprudência portuguesa.

¹ Vide capítulo III, ponto 2.2.2..

² Cfr. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, 1985, 2ª ed., p.448.

³ Cfr. MORELLO, *La prueba: tendencias modernas*, 2.ª edição, 2001, p. 94 “Seguramente que en punto a la distribución en concreto – y en cada controversia – de la carga de probar es en donde el interés y la preocupación de los estudiosos se han concertado con mayor entusiasmo por requerirlo la movilidad, complejidad y lo novedoso de los asuntos de la moderna litigación que, por causas múltiples, no pocos de ellos se engloban como procesos de alta complejidad”, que traduzimos como certamente que a distribuição em particular - e em cada disputa - o ónus da prova é onde o interesse e preocupação dos estudiosos se concentraram com maior entusiasmo por causa da mobilidade, a complexidade e novidade das questões da moderna litigação que, por múltiplas causas, não poucos são considerados como processos de alta complexidade.

O referido interesse advém do facto do ordenamento português, a par de outros, ter estabelecido uma repartição caracterizada como estática e apriorística dos ónus probatórios no Código Civil. Esta repartição imputa os ónus com base na função que o facto controvertido a provar desempenha na norma substantiva alegada. Donde, sem uma norma habilitante, os magistrados portugueses não poderão alterar as regras de distribuição do ónus probatório, em função das dificuldades probatórias (objetivas e/ou subjetivas) que verifiquem no caso concreto - o que, em alguns casos, poderá redundar num desvirtuamento da tutela constitucionalmente prevista no artigo 20.º da CRP.

Nesta linha de raciocínio surgiu, na Argentina, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, como resposta àquela distribuição estática. E afigura-se indiscutível a importância de tal teorização no seio do direito processual contemporâneo, dado que o grande desafio deste é a aproximação (até à coincidência) entre o direito processual e a justiça material.

2. Razão de ordem

1. Em termos metodológicos consideramos que, mais que conveniente, é indispensável, construir um percurso de temáticas, que precedem em termos lógicos o tratamento e ponderação da aplicação da teoria objeto do nosso trabalho.

Assim decidi dividir-se o presente estudo em três etapas.

No primeiro capítulo iremos contextualizar e fixar conceitos básicos, para, em seguida, analisar detalhadamente as regras do ónus da prova, previstas na Secção I, do Capítulo II, do Código Civil (CC). Esta primeira, embora introdutória, é uma fase absolutamente indispensável para o nosso trabalho. Aqui pretende-se, primeiramente, contextualizar o regime legal da distribuição do ónus da prova até ao anúncio do problema jurídico detetado, através da apresentação e explicação do quadro legal. Consideramos que só desta forma poderá partir-se para o problema que as normas encerram. No final enunciaremos as soluções já teorizadas e selecionaremos uma delas.

No segundo capítulo iremos proceder à apresentação e explicação da solução selecionada - a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova. Para tal, decompos o modelo original da Teoria, através do estudo dos pressupostos, características, limites e natureza jurídica, bem como os sistemas jurídicos que a adotaram.

No último capítulo refletimos criticamente sobre a importação da Teoria para o nosso sistema processual civil como forma de resolver o problema jurídico enunciado.

Teremos ocasião, nesta parte, de perscrutar o regime jurídico probatório no direito civil português, os seus princípios informativos, e a tramitação processual relevante em sede probatória, sobretudo à luz do novo Código do Processo Civil (NCPC). Tudo isto a propósito e para compreender o enquadramento legislativo basilar, tendo em vista demonstrar as implicações e a oportunidade de adoção da Teoria, em Portugal.

2. Chegados a este ponto, aprez chamar a atenção para o facto do nosso tema relacionar-se intimamente com princípios jurídicos. A leitura dos preceitos sobre ónus da prova, em qualquer ordenamento jurídico em estudo, deve ser feita à luz daqueles. Donde a análise de todos os preceitos *infra* estudados será balizada pelo atual estado de consagração dos princípios vigentes no ordenamento jurídico português, tendo por base o nível de consagração e efetividade dos mesmos - reflexo da contextualização legislativa, história ou social, no momento da análise.

3. Por uma questão de gestão do número de temáticas a abordar na presente dissertação, não iremos debruçar-nos especificamente sobre a *prova*.⁴ Não obstante, uma vez que a palavra - que deriva do vocábulo latino *probatio* - é polissémica, apresentando diferentes significados, entre os quais, atividade, meio ou resultado, convém estabelecermos o sentido em que irá ser por nós empregue.⁵ A ser assim, ao longo deste trabalho sempre que se refira ‘prova’ está a empregar-se aquela palavra no sentido de atividade, i.e., a atividade realizada em processo (através dos meios de prova) tendente à formação da convicção do julgador sobre a realidade dos factos controvertidos naquele pleito.⁶

⁴ Temas como noções gerais da prova, distinções, tipos e meios de prova, conceito de direito probatório, objeto da prova, valor e eficácia das provas, perfil histórico ou comparativo da prova, modelos e sistemas de prova.

⁵ Cfr. FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A prova em Direito Civil*, 1ª ed., 2011, p. 9, a *probatio* advém, ainda de outra expressão latina, *probativus*, que corresponde à expressão portuguesa *probatório*, ou seja, o que a prova faz.

⁶ Seguimos a noção apresentada por TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na acção declarativa*, 1995, p.195 que configura a prova como “a actividade que permite formar na mente do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os factos carecidos de prova.”. Por seu turno CASTRO MENDES, *Do conceito de prova em processo civil*, pp. 269 e seg.s, é um dos autores que se revela bastante relutante em considerar a prova como atividade, para este, a mesma não é uma atividade, mas um resultado. LEBRE DE FREITAS, *Código de processo civil anotado*, v. 1, 2.ª ed., 2014, p. 205 defende

CAPITULO I

DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS

SECÇÃO I - Contextualização

1. Ónus da prova: conceito e distinções – o ónus da prova como falso ónus

1. Antes de abordarmos a distribuição do ónus da prova relembramos que consideramos que, mais que conveniente, é indispensável precisar certas noções e opções legislativas que precedem em termos lógicos o tratamento daquela, e que com ela se relacionam intrinsecamente. A falta de uma abordagem prévia redundaria num atrapalhar do raciocínio, bem como obstáculo à discussão do problema jurídico e reflexão sobre uma das soluções já teorizadas e que nos propomos a analisar, do ponto de vista da possibilidade da sua importação para resolver aquele. Assim o faremos.

2. O ónus, seja ele de alegação, da prova ou outro, é, antes de mais, uma situação jurídica passiva.⁷ Sobre a diferença entre as situações jurídicas, lembremos MENEZES CORDEIRO que refere numa explicação simples e intuitiva que de um modo geral, pode considerar-se que a situação ativa é sentida como uma vantagem, funcionando a passiva como um peso.⁸

A doutrina portuguesa é sensivelmente consentânea⁹ quanto ao conceito de ónus jurídico, a título exemplificativo, segundo MANUEL DE ANDRADE o ónus jurídico “traduz-se na necessidade, imposta pela ordem jurídica a uma pessoa, de proceder de

que o art. 341.º do CC aponta para uma definição de prova enquanto meio ao consagrar “que as provas têm como função a demonstração dos factos”, definição que, fazendo coincidir o resultado com a função da prova, apela para o conceito da prova como meio probatório.

⁷ A origem desta figura é difícil de determinar. Sobre as raízes históricas e evolução desta figura, vide RUI RANGEL, *O ónus da prova no processo civil*, 2000, pp. 77 e seg.s.

⁸ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, tomo I, 3.ª edição, 2005, p. 358.

⁹ Em sentido contrário apenas encontramos MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, (2005), pp. 359 e sg.s, que refuta veemente a construção e enquadramento sistemático tradicional em torno da figura, pois considera o Autor que este instituto deve enquadrar-se apenas no domínio processual, porquanto nessa sede traduz deveres no processo com a particularidade de terem consequências substantivas. Já no Direito Civil, caberia criar-se uma nova figura: a do ónus material ou encargo. A ser assim, este, embora estruturalmente configure um dever, é-lhe desenhado um regime particular: “é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento”.

certo modo para conseguir ou manter uma vantagem”¹⁰, ou relembrem-se as palavras de ANTUNES VARELA para quem aquele consiste “na necessidade de observância de determinado comportamento, não para satisfação do interesse de outrem, mas como pressuposto da obtenção de uma vantagem para o próprio, a qual pode inclusivamente cifrar-se em evitar a perda de um benefício antes adquirido”¹¹. Quanto a nós consideramos que para apreender esta noção é imperativo distinguir o ónus de outras figuras jurídicas passivas - até para fixarmos o sentido em que ele é entendido neste trabalho.

3. Distinga-se então.

O ónus não se confunde com o dever. O dever está associado a uma norma de conduta, que pode ser impositiva ou proibitiva, através da qual alguém fica adstrito para com outrem à realização de uma prestação. Já a construção da figura do ónus não exige, no Direito Civil, tal vinculação, antes determina um resultado que é facultativo: se a parte cumpre, tem uma vantagem; se não cumpre, sofre uma desvantagem. Esta desvantagem, não obstante o exposto, nunca se traduzirá numa sanção coativa, própria do incumprimento de um dever.

O ónus também se demarca da obrigação, porquanto esta última surge do não cumprimento de um dever jurídico, conexo a um direito subjetivo de alguém. Ora, o ónus não pressupõe a existência daquele, antes é o onerado que tem interesse em observar o ónus, tendo em vista uma vantagem e/ou furtar-se às consequências desfavoráveis em que incorre, a saber o desatendimento da sua pretensão, uma vez que não logrou estabelecer o objeto daquele ónus.¹²

Acompanhamos a já apontada definição de ANTUNES VARELA por ser mais completa, ou, mais recentemente, a de RUI RANGEL que resume as várias *supra* enunciadas diferenças entre as figuras quando define o ónus como “um poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos actos ou adoptar ou não certa conduta prevista para benefício e interesse próprio sem qualquer sujeição ou coação e sem que seja possível outro agente exigir a sua observância, comportando, a omissão do

¹⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, I, edição revista, 1963, p. 183.

¹¹ *Apud.* ABÍLIO NETO, *Código Civil anotado*, 17.ª ed., 2010, anotação ao artigo 342.º, p. 287.

¹² ARNALDO SAPALO, *A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal*, Revista do Centro de Investigação sobre Ciência Aplicada, p. 7.

comportamento ou o incumprimento, um risco gerador de consequências desfavoráveis e desvantagens.”¹³

4. Chegados a este ponto da exposição, refira-se que o nosso processo é marcado distintamente por três ónus - o ónus da prova, o ónus de alegação e o ónus da contestação. O último não o analisaremos aqui, por razões sistemáticas, e comecemos por aquele que é o objeto do nosso trabalho: o ónus da prova.

A doutrina portuguesa não diverge quanto ao conceito de ónus da prova, que historicamente apresenta duas aceções diferentes, estribadas nas suas duas funcionalidades, conforme seja entendido em sentido objetivo ou subjetivo (material ou formal, respetivamente)¹⁴. Todavia já é, e muito, discutível a existência destas duas aceções de ónus da prova no nosso processo declarativo atual. A ser assim, sem nos alongarmos sobre esta questão em torno das modalidades de ónus da prova, que analisaremos adiante¹⁵ - com detalhe e importantes implicações para o rumo do presente trabalho -, por agora apenas nos dedicaremos às definições que adotaremos neste excurso.

Conforme ensina ALBERTO DOS REIS “ao passo que a ideia de ónus subjetivo nos coloca o problema de saber quem deve produzir a prova, qual das partes deve exercer a actividade probatória, sob pena de ficar sujeito ao risco de ver repelida a pretensão que deduziu em juízo, a ideia de ónus objectivo conduz-nos a averiguar que factos hão-de ser provados para que a decisão apresente determinado conteúdo.”¹⁶ Por outras palavras, TEIXEIRA DE SOUSA refere que o ónus da prova objetivo respeita às consequências da não realização da prova de determinado facto, e o subjetivo refere-se à determinação da parte onerada com aquela mesma prova.¹⁷ A definição de ambas as modalidades é pacífica e consentânea.

Relativamente à noção de ónus da prova, cada autor constrói a sua definição, tendo por base a sua consideração acerca do atual estado de consagração da aceção subjetiva e objetiva daquele. Verificam-se três posições nesta matéria.

¹³ RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 96.

¹⁴ A distinção entre as duas é levada a cabo pela primeira vez em 1883, na obra de JULIUS GLASER, *Handbuch des Staffprozesses*, Leipzig, v. I, 1983, p. 364, sendo posteriormente utilizada por ROSENBERG, *La carga de la prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin, 2ª ed., 2002, p. 42.

¹⁵ Vide capítulo III, ponto 2.3.7..

¹⁶ Vide ALBERTO DOS REIS, *Código de processo civil anotado*, v. III, 3.ª ed, 2012, p. 272.

¹⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...* (1995), cit., pp. 215-216.

Alguns autores limitam-se a considerar que existem as duas modalidades, desenvolvendo-as, sem defender a predominância de uma ou outra.¹⁸

Por um lado, ANTUNES VARELA considera que, em legislações (como a nossa) em que o princípio do dispositivo no tocante à alegação dos factos é temperado com o princípio do inquisitório quanto à prova daqueles¹⁹, “já não consiste no encargo lançado sobre a parte de, só alegar o facto, mas de carrear, por si mesma, para o processo, todos os elementos capazes de convencer o juiz da realidade desse facto, sob pena de ter como assente o facto oposto”. Antes passa a significar “a situação da parte contra quem o tribunal dará como inexistente um facto, sempre que, em face dos elementos carreados para os autos (seja pela parte interessada na verificação do facto, seja pela parte contrária, seja pelo próprio tribunal), o juiz se não convença da realidade dele.”²⁰ Para o Autor o ónus *probandi* não se torna uma “figura evanescente, mas muda visualmente de fisionomia” na sua expressão substancial.²¹

No mesmo sentido nos parece caminhar MANUEL DE ANDRADE, quando defende que o ónus da prova traduz-se “para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova; ou na necessidade de, em todo o caso, sofrer tais consequências se os autos não contiverem prova bastante desse facto (trazida ou não pela mesma parte).”²² Estes e outros Autores²³ reconhecem que o ónus da prova reveste um sentido acentuadamente objetivo, sem considerar que aquele seja exclusivamente o único sentido possível, defendendo antes que o ónus subjetivo foi relegado para um segundo plano.

Por seu turno, há quem entenda²⁴ que não existe ónus da prova subjetivo em Portugal. Isto porque, não existe qualquer disposição que determine uma monopolização das provas pela parte onerada com o ónus, seja através da sua exclusiva

¹⁸ V.g. ALBERTO DOS REIS, *Código...*,(2012), cit., p. 272 e TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...* (1995), cit., pp. 215-216.

¹⁹ Vide desenvolvidamente sobre este assunto no capítulo III, ponto 2.3.6..

²⁰ Cfr. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed., 1985, pp. 449-450.

²¹ ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual...*,(1985), cit., p.449.

²² MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...* (1963), cit., p. 183.

²³ Também RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 127, fala de um enfraquecimento da figura do ónus da prova subjetivo. HELENA CABRITA, *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*, 1.^a ed., 2015, p. 118, parece acompanhar a mesma posição.

²⁴ No mesmo sentido ELISABETH FERNANDES, *A prova difícil ou impossível*, Estudos em homenagem ao prof. doutor José Lebre de Freitas, org. Armando Marques Guedes *et al.* 1.^a ed., 2013, pp. 817-823, PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, 2000, p. 25, e REMÉDIO MARQUES, *A ação declarativa à luz do código revisto*, 3.^a ed., 2011, pp.592-593.

requisição ou de qualquer privilégio na atividade probatória. Antes, aliado ao reforço do princípio do inquisitório²⁵ e cooperação²⁶, constatam que é indiferente para a valoração da prova o sujeito processual que a produziu, ou, *in aequali*, se esta resultou das diligências officiosas do tribunal, porquanto o princípio da aquisição processual, como adiante se verá²⁷, determina que todas as provas produzidas no processo são atendíveis. A ser assim, o ônus subjetivo no nosso ordenamento tornar-se-ia, no mínimo, irrelevante.²⁸

Adiantando-se aqui sucintamente a nossa opinião, consideramos que o atual instituto do ônus da prova apresenta uma aceção marcadamente objetiva, na proporção do enfraquecimento da sua feição subjetiva, sem a aniquilar, pelo que, concordamos que por via indireta aquele tem repercussões na conduta probatória das partes.²⁹

5. Atendendo ao que se disse *supra* para a definição de ônus da prova, e tendo por referência os mencionados princípios que informam o nosso sistema jurídico, as regras sobre o ônus da prova podem ser encaradas como um ônus jurídico, mas não em sentido estrito. Se estivéssemos perante um verdadeiro ônus jurídico a parte que não realizou a prova a que estava adstrita seria penalizada, pelo julgador, com uma decisão desfavorável.

Contudo, como veremos (considerando a aplicação do princípio da aquisição processual), o funcionamento normativo daquelas regras pode determinar que sem o cumprimento daquele, a parte onerada pode, ainda assim, ser beneficiada com uma decisão favorável. Tal pode acontecer na sequência da produção da prova em falta, pela parte contrária, ou pelo próprio tribunal - utilizando o princípio do inquisitório ordena officiosamente a produção da prova necessária. Assim, tratando-se de um verdadeiro ônus, o seu não cumprimento pela parte onerada determinaria o proferimento de uma decisão desfavorável àquela.³⁰ Mais, refira-se que de outro modo, mesmo que a parte cumpra com o ônus probatório, o tribunal, recorrendo a critérios de oportunidade (artigo 987.º do CPC) pode decidir de maneira diversa, o que não ocorreria se de um verdadeiro ônus jurídico, *latu sensu*, se tratasse.³¹

²⁵ Vide sobre este assunto no capítulo III, ponto 2.3.6..

²⁶ Vide sobre este assunto no capítulo III, ponto 2.3.8..

²⁷ Vide capítulo III, ponto 2.3.7..

²⁸ Nas palavras de ELIZABETH FERNANDES, *A prova...* (2013), cit., p. 823.

²⁹ Vide a nossa opinião fundamentada e implicações destas opções no capítulo III, ponto 2.3.7..

³⁰ MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, (1979), cit., p. 199.

³¹ LEBRE DE FREITAS, *Código processo...*, (2014), cit., v. 1, p. 705.

Neste sentido, perfilhamos o entendimento de CASTRO MENDES³², quando o emérito professor defende que o ónus da prova se trata de um ónus imperfeito. Para o professor, só teremos ónus quando exista uma ligação entre o exercício do direito e o resultado verificado. Ou seja, o ónus tem de ser o meio pelo qual se produz um resultado favorável à parte que o fez verificar.

Pelo supra exposto, há quem na doutrina portuguesa³³ prefira a expressão de *ónus de iniciativa da prova*, considerando que parece que se trata de uma “mera conveniência de ter a iniciativa da prova”, com o objetivo último de evitar a consequência desfavorável do facto não provado não poder ser considerado na decisão. Também ROSENBERG defende que não existe um verdadeiro ónus da prova, mas antes um ónus da averiguação (*Feststellungslast*).³⁴

Compreendemos as perspetivas enunciadas, e parecem-nos pertinentes tendo por base que sufragamos ao argumentos avançados, mas não adotaremos essas expressões no nosso trabalho, preferimos considerar que se trata de um *ónus jurídico imperfeito* ou, a sê-lo, não será em sentido estrito, pois parece-nos uma discussão extremamente literalista, que para o nosso estudo focado na distribuição não é determinante.

Em suma, o ónus da prova, na nossa opinião, configura um ónus jurídico, que não o sendo em sentido estrito, apresenta atualmente uma feição marcadamente objetiva, e, por isso, se traduz na situação da parte contra quem o tribunal dará como provado o facto contrário, sempre que, em face dos elementos carreados para os autos (seja pela parte interessada na verificação do facto, seja pela parte contrária, seja pelo próprio tribunal), o juiz não se convença da realidade dele.

6. E como traçamos a distinção entre o ónus da prova do ónus de alegação?

Sem esboçar muitas considerações acerca deste ónus, refira-se que configuram duas figuras extremamente relacionadas que em nada se confundem, porquanto o ónus de alegação (art.5.º do CPC) visa determinar quais os factos a alegar pela parte em pleito, tendo em conta a formulação da sua pretensão.³⁵ Ou seja, se neste o encargo traduz-se na circunstância de carrear ou não os factos para os autos, por seu turno, o

³² CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, v. II, 1997, p.280.

³³ LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa comum, à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 2013, 3ª ed. p. 211, e *Introdução ao processo civil, conceitos e princípios gerais à luz do novo código*, 2013, 3ª ed., p. 177, nota 60.

³⁴ ROSENBERG, *La carga...*, (2002), cit., p.30.

³⁵ Vide desenvolvimentamente sobre ónus da alegação TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, Scientia IVRIDICA, Revista de direito comparado português e brasileiro, tomo LXII, n.º 332, maio/agosto, 2013, Universidade do Minho.

ónus da prova procura definir quais os factos a provar (e para quem o defenda, quem tem de provar cada um desses factos). E tanto mais que, uma parte pode ter o ónus de alegação e não ter o ónus da prova do mesmo facto, o que não configura a regra geral, não obstante suceda quando verificada a inversão do ónus da prova - infra desenvolvida-, o que *a contrario sensu* permite-nos afirmar que a eventual inversão do ónus da prova não acarreta a inversão do ónus de alegação.

Como já foi referido, detenhamo-nos apenas no ónus da prova, não fosse este o epicentro do nosso estudo.

2. Distribuição do ónus da prova

2.1. Conceito, Teoria das Normas e consagrações possíveis

1. Para demarcar o conceito de ónus da prova do conceito da sua distribuição, ensina-nos ROSENBERG que a noção de ónus da prova não exige qualquer distribuição, exemplificando com as situações em que o juiz, oficiosamente, introduz no processo a atividade probatória que cabia a uma das partes. A distribuição responderia então apenas à seguinte pergunta: qual das partes suporta as desvantagens associadas ao ónus de prova subjetivo e objetivo.³⁶

2. Os problemas dogmáticos referentes à distribuição do ónus da prova em Direito Civil têm ocupado, sobretudo, os trabalhos da doutrina estrangeira.

De entre as principais posições, destacamos, essencialmente, quatro correntes.

Uma corrente doutrinária, encabeçada por CHIOVENDA³⁷, defende que o autor deve provar os factos constitutivos do seu direito e o réu deve provar os factos impeditivos do direito alegado pelo autor. Este é o critério do interesse na prova: cada parte prova os factos pelos quais apresenta algum interesse processual.

A segunda corrente, defendida, entre muitos, por CARNELUTTI, que influenciou a lei italiana, entende que a repartição do ónus da prova deve ser realizada tendo por base o critério do interesse na afirmação. Enquanto que o interesse em provar é predominantemente bilateral, o interesse na afirmação é, para esta corrente, um

³⁶ ROSENBERG, *La carga...*, (2002), cit., p.58.

³⁷ CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, tradução brasileira, v. II, p. 92.

interesse unilateral: a parte tem de provar o facto que tem interesse em alegar. Nesta conceção, como o interesse é unilateral, fica distribuído entre as partes o risco da ineficiência probatória. A parte que tem interesse na afirmação tem também o risco da ausência para a sua demonstração.³⁸

A terceira corrente doutrinária defendida, nomeadamente, por BETTI, entende que o critério a adotar na distribuição do ónus probatório é o ónus da afirmação. Esta corrente é pródiga numa construção processual invertida: põe a tónica da ação do autor como fator determinante para a distribuição do encargo probatório. Esta posição entende que o réu não deve ficar sujeito a qualquer risco pela ineficiência da prova mesmo que tenha aquilo que a corrente doutrinária antecedente expõe como interesse em afirmar. Perante isto, e conforme com o exposto, só depois de o autor fazer prova dos factos constitutivos do direito que invoca, é que o réu deve fazer prova dos factos que obstem ao efeito jurídico pretendido pelo autor.³⁹

Adiante-se que o critério para o estabelecimento de uma regra geral seguido pelo legislador português colhe, sobretudo, os frutos do trabalho desenvolvido por ROSENBERG, que se aproxima, em muito, da posição defendida por BETTI. ROSENBERG defende como critério geral a prova dos factos que compõem os pressupostos das normas que lhe sejam favoráveis. ROSENBERG escreveu que o ónus da prova é um problema relacionado com a aplicação do direito aos factos, em que o julgador tem de estar convencido sobre a existência dos pressupostos da norma em discussão no pleito.⁴⁰ A ser assim, o ónus da prova de um facto impende sobre quem aproveita esse mesmo facto.

Esta posição surge na sequência da famosa *Teoria das Normas* desenvolvida pelo autor⁴¹, onde propõe, em síntese, uma ligação estreita entre as normas de direito substantivo e o ónus da prova. Segundo o Autor é necessário atentar naquelas para identificar a quem beneficiam essas normas: se àquele que pretende exercer um direito subjetivo, caso em que termos uma *norma de base*, se ao outro que pretende obstar ao exercício desse direito pelo primeiro, caso em que termos uma *contranorma*. As primeiras contêm os factos constitutivos, e as segundas os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. A adoção desta posição ficou a dever-se sobretudo ao pensamento

³⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, tradução de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, t. II, 1944, p.1214.

³⁹ BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936, p. 334.

⁴⁰ ROSENBERG, *La carga...*, (2002), cit., p.30.

⁴¹ Na obra *Die Beweislast*, editada pela primeira vez em 1990.

de ALBERTO DOS REIS. Na contemporaneidade, podemos encontrar o reflexo desta corrente doutrinária na norma consagrada no artigo 414.º do CPC⁴², que é, também, o melhor espelho da sua concretização articular.

A última corrente defende que não deve existir um princípio geral de distribuição do ónus da prova, devemos àquela distribuição ficar a cargo do livre arbítrio do juiz, nas arestas e domínios do caso concreto. Nesta corrente integram-se os autores como KOHLER⁴³, que defendem o recurso à equidade como norma geral para a distribuição do ónus da prova.

Em suma, a principal preocupação da doutrina jurídica foi e continua a ser a de estabelecer um princípio geral que estabeleça a solução da repartição do ónus para a maioria, senão todos, os processos, mas só mais adiante desenvolveremos este ponto.

2.2. Regra geral

1. Antes de avançar para a norma central nesta matéria, adiante-se que o Direito Civil português foi beber à doutrina de ROSENBERG, o referido critério de distribuição do ónus da prova, a saber, importando a distinção com base na natureza dos factos, decorrente da adoção da já aludida *Teoria das Normas*.^{44 45}

Posto isto, entre nós, encontramos plasmada no artigo 342.º do CC a regra geral nesta matéria. Este artigo preceitua dicotomicamente que a parte que alegar determinado direito deve fazer prova⁴⁶ dos factos constitutivos daquele (n.º 1), e, por seu turno, a

⁴² Dispõe: “A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

⁴³ *Apud.* RUI RANGEL, *O ónus...*, (2006), cit., pp.136 -137.

⁴⁴ HELDER LEITÃO, *Da instrução em processo civil das provas*, 3ª edição, 2016, p. 22.

⁴⁵ PEDRO MÚRIAS, *Por uma ...*, (2000), cit., pp. 129-134, alicerçado em fundamentos históricos, considera que aquela norma não contempla exatamente a Teoria das Normas de ROSENBERG, defendendo que entre nós vigora um regime híbrido de distribuição do ónus da prova, que reúne elementos daquela Teoria e outras características próprias.

⁴⁶ Esclareça-se que, em princípio, carece de prova toda a matéria de facto que tenha interesse para a decisão da causa – art. 596.º n.º 1 do NCPC. Todavia, cfr. ensina FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A prova*, (2011), cit., p.18, esta regra possui três exceções esgrimidas no art. 412.º do NCPC: factos notórios (*notoria non eget probatione* – os factos notórios não carecem de prova), considerados como tais aqueles que são de conhecimento geral no tempo e lugar em que a ação decorre, pois na sua estrutura existe uma prova pré-constituída, mesmo que seja alegada por uma das partes; e, os factos que o tribunal tem conhecimento, em virtude do exercício das suas funções. Ambos são factos certos, mas os primeiros, por serem de conhecimento geral não necessitam de comprovação, enquanto que os segundos, por serem de conhecimento apenas do Tribunal carecem de ser comprovados no processo, documentalmente por aquele. Todavia, a regra de que os factos alegados pelas partes constituem o objeto probatório sofre uma restrição, pois dos alegados só necessitam de prova, os factos controvertidos, isto é, os que sendo alegados por uma das partes, são impugnados pela contraparte (art. 574.º e 587.º do CPC). Assim, conclui

parte contrária deve fazer prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos (n.º 2), presumindo que, na dúvida sobre a natureza dos factos, estes ter-se-ão por constitutivos (n.º 3⁴⁷).^{48 49}

Sem pretendermos ser exaustivos nas definições, refira-se que, segundo o critério funcional:⁵⁰ os factos constitutivos são os que têm de se verificar para que o direito invocado surja na esfera jurídica da parte e esta o possa exercer (e.g. celebração de um negócio jurídico); os impeditivos são os que se opõem a que o direito invocado tenha eficazmente surgido (e.g. incapacidade, simulação, erro, dolo, coação) ou, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE⁵¹, aqueles que pelo menos parcialmente, retardem o surgimento daquele direito (e.g. condição suspensiva ou termo dilatatório); os factos modificativos são os que modificaram o direito invocado que validamente se constituiu (e.g. escolha de uma prestação diferente pelo credor); e, os factos extintivos são os que determinam, parcial ou totalmente, a extinção do direito invocado, pressupondo igualmente que este surgiu validamente (e.g. condição resolutiva, pagamento, novação, compensação ou prescrição).^{52 53}

2. Atenta a literalidade do preceito, constata-se que a regra geral no nosso ordenamento opera uma repartição, que tem por referência o direito invocado, e não a posição processual (ativa ou passiva) das partes no pleito. Este aspeto é algo que consideramos importante, desde já, estabelecer, e que na secção seguinte terá implicações.

TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*, (1995), cit., p. 205, que, dos factos alegados pelas partes só aqueles que se tornam controvertidos pela impugnação realizada e, dentro destes, aqueles que são pertinentes para a decisão da causa constituem objeto da prova. Segundo o Autor são essencialmente motivos de eficiência e racionalidade que justificam esta seleção. Já os factos não controvertidos são dispensados de prova, isto é, os invocados por uma das partes e não impugnados pela contraparte - consideram-se admitidos por acordo, pelo que, dispensam a realização de prova.

⁴⁷ Aqui trata-se da mera incerteza quanto à natureza do facto controvertido, pois se for uma dúvida quanto à realidade do facto e repartição aplicar-se-á o art. 414.º do CPC. Quanto à *ratio* do preceito, refere HELENA CABRITA, *A fundamentação...*, (2015), cit., p. 124, que é na linha de raciocínio de que, em princípio, aproveita à parte que invoca o direito, porquanto regra geral coincide com o autor, logo beneficiará com o prosseguimento da ação.

⁴⁸ Vide RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 134, para quem a redação atual confere maior justiça do que as opções medievais nesta matéria.

⁴⁹ Cfr. ensina TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*, (1995), cit., pp. 217 e seg.s., assiste-se, em regra, a uma coincidência entre o pedido, ónus de alegação e de prova.

⁵⁰ Vide outros critérios em MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Tópicos sobre o ónus da prova*, Revista Jurídica da Universidade de Santiago, ano 2, n.º 2, pp. 426 e seg.s.

⁵¹ MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, (1979), cit., p. 187.

⁵² Vide diferenciação e exemplificação de HELENA CABRITA, *A fundamentação...*, (2015), cit., p. 119, que compilou os ilustres autores em processo civil.

⁵³ Não obstante, refira-se que alguns autores arrogam que os factos modificativos não são autonomizáveis enquanto categoria.

O artigo 342.º do CC não se refere à figura do autor ou à do réu, apenas utiliza as expressões “àquele que invocar um direito” e “àquele contra quem a invocação é feita”.⁵⁴ E, pensamos que nem outra poderia ser a opção do legislador. Em primeiro lugar, porque o Código Civil, e, por consequente, esta norma é aplicável subsidiariamente a outros ramos do direito, pelo que, a redação tem de observar a potencialidade de ser aplicável às mais distintas figuras processuais (autor/réu, demandante/demandado, requerente/requerido, etc.); e, em segundo lugar, porque o autor ou o réu, podem, e é muito provável que assim o seja, na mesma ação configurar como um sujeito que invoca um direito e aquele contra quem um direito é invocado (e.g. pedido reconvenicional).

Todavia, em todos os casos em que seja aplicável a regra geral, sempre caberá ao autor alegar e provar os factos constitutivos do direito que invocou, ao passo que, ao réu caberá alegar e provar os factos impeditivos, modificativos e extintivos do direito invocado pelo autor. E só eventualmente se verificará a distribuição inversa, porquanto tal só ocorrerá se (também) o réu pretender invocar um direito - e, apenas relativamente a esse. Veremos, na secção seguinte o impacto disto, na construção do problema jurídico.

3. Sufragamos a ideia⁵⁵ de que o ponto de partida para a interpretação das regras de repartição deve ser feita por reporte à previsão da norma que consagra o direito invocado. A ser assim, consideramos que, em sede de distribuição de ónus da prova a leitura destes preceitos deve ser relacionada com as regras jurídicas de direito substantivo. Isto porque, a montante reconduz-se sempre a um problema de interpretação da norma substantiva, da qual a parte pretende valer-se. Na medida em que, se trata de determinar, em conformidade com a previsão substantiva, quais os elementos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos da norma fundamentadora da pretensão ou exceção invocada. Ou seja, esta matéria reconduz-se a um problema de subsunção dos factos à norma jurídica invocada, pois que as regras de repartição do ónus da prova devem ser interpretadas e aplicadas à luz do direito substantivo, onde cada litigante tem de provar todos os pressupostos, positivos e negativos, das normas favoráveis à sua pretensão.

⁵⁴ Ao contrário do disposto no artigo 343.º do CC, que em seguida abordaremos.

⁵⁵ Por muitos: TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*, (1995), cit., p. 222.

Donde, conjugando o que se disse com o ponto anterior, podemos concluir que a prova de um determinado facto não recai sempre sobre a mesma parte (autor ou réu), pois aquele poderá configurar-se como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo consoante a pretensão da parte e a norma jurídica invocada.

2.3. Casos especiais

i. Ações de simples apreciação ou declaração negativa

1. Os casos especiais de distribuição do ónus da prova estão previstos no artigo 343.º do CC. O primeiro destes, naturalmente previsto no n.º 1 daquela norma, corresponde às ações de simples apreciação ou declaração negativa, comumente designadas apenas por ações de simples apreciação negativa, em que o legislador atribui ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que (o autor) se arroga.⁵⁶

Tal como prescreve o CPC, no seu artigo 10.º, n.º 1, 2 e 3, a), trata-se de ações declarativas, cujo único fim é obter a declaração de inexistência de um direito ou de um facto, quando exista incerteza e a mesma acarrete um prejuízo para quem a pretende ver esclarecida a situação por via judicial.^{57 58}

2. Neste artigo, o “autor, no aspecto formal, é realmente o réu, no aspecto substancial, e vice-versa, daí o encargo que impende sobre o réu de produzir a prova dos factos que normalmente estão a cargo do autor”.⁵⁹ Consequentemente, verifica-se que a contestação desempenhará a função da petição inicial.

A *ratio* da norma é clara: geralmente é mais fácil provar a existência de um direito do que a sua inexistência.

⁵⁶ Exemplos deste tipo de ações são a ação negatória de servidão e negação de paternidade ou maternidade.

⁵⁷ Ac. do STJ, de 15-06-1978, proc. n.º 067362, relator DANIEL FERREIRA.

⁵⁸ O conceito de facto negativo não é linguisticamente impensável. Não é o facto em si, mas apenas o juízo sobre o facto que é negativo. Assim, deveria falar-se de juízo negativo sobre facto, e não sobre facto negativo Cfr. HANDBUCH DES BEWEISLAST, traduzido para português, pp.348-349. Curiosamente, refira-se que no direito romano sustentava-se que apenas era possível a prova de factos positivos (*Negativentheorie*). Quem alegasse um facto negativo⁵⁸ não teria que prová-lo. Hoje, a prova de factos negativos é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Atendendo à dificuldade da sua apreciação, o legislador evitou atribuir-lhes efeitos constitutivos do direito.

⁵⁹ Cfr. PAIS DE AMARAL, *Direito processual civil*, 11.ª ed., 2013, p. 304.

Assim, ao autor basta-lhe alegar a inexistência do direito do réu, já este tem de alegar a existência do seu direito e fazer prova dos factos constitutivos do mesmo. Daí que o artigo 584.º n.º 2 do CPC preveja a possibilidade do autor apresentar réplica para responder aos factos constitutivos alegados pelo réu.

ii. Ações que devem ser propostas dentro de certo prazo

1. A regra do artigo 343.º n.º 2 refere-se à caducidade de uma ação. A caducidade aqui corresponde à verificação do decurso de um determinado prazo para que uma determinada ação pudesse ser instaurada – configura um facto extintivo do direito do autor⁶⁰.

Contudo, salvo nos casos em que essa exceção perentória possa ser conhecida officiosamente pelo juiz (que apenas é admissível quando a ação verse sobre matéria excluída da disponibilidade das partes - art. 333.º, n.º 1 do Código Civil), compete à parte demandada o ónus de alegação e prova da caducidade do direito de acionar.⁶¹

2. A ser assim, a *ratio* desta norma é a mesma: dentro da lógica dos factos negativos é mais fácil ao réu demonstrar que o prazo já ocorreu. O legislador entendeu que seria mais fácil o réu provar a data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, de que o autor provar que não teve conhecimento da sua ocorrência ou verificação.

iii. Sujeição a condição ou termo

1. Segundo dispõe o art. 343.º n.º 3, primeira parte, se o direito invocado pelo autor estiver sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial, cabe-lhe a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu. De acordo com a segunda parte do preceito, se o direito em causa na ação estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, compete ao réu a prova da verificação da condição ou do vencimento do prazo.

⁶⁰ Neste sentido *vide* MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, (1979), cit., p. 206.

⁶¹ TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *Inversão do ónus de prova - em que consiste?*, Revista O Advogado, II Série, abril de 2007.

2. Em suma, faz-se depender a pretensão do autor da alegação e da prova dos factos de que resulta a produção de efeitos do negócio jurídico, e a do réu, dos factos que impedem ou cessam a produção dos efeitos. Aqui a *ratio* pensamos que seja: onerar a parte com a alegação e prova dos factos de que pretendem beneficiar,

2.4. Inversão

O artigo 344.º do CC dispõe que as regras anteriores invertem-se no conjunto de situações elencadas naquele normativo, e, em geral, sempre que a lei assim o determine.

Entende a doutrina⁶² que os casos de inversão configuram regras excepcionais, na medida em que operam a derrogação das regras gerais sobre o ónus da prova.⁶³

Tal como atrás se referiu, em princípio, o ónus da prova acompanha o da alegação, o que não sucede nos casos de inversão, onde se constata que o ónus da prova passa a caber à parte a quem não cabe o ónus de alegação daqueles factos.

Em termos de distinção podemos encontrar duas origens para os casos de inversão previstos no artigo 344.º do CC: uma causa legal (presunções ou liberação legal) ou resultar de uma conduta das partes (convenção ou não colaboração).

Começemos pelas presunções legais, previstas na primeira parte do n.º 1 do supra mencionado preceito.

i. Presunções legais

1. Existem dois tipos de presunções: legais e judiciais. Como o próprio nome deixa antever, as presunções legais são as que provêm da Lei, i.e, são os próprios dispositivos legais que estabelecem que, quando verificado determinado facto conhecido, se deve dar como provado um outro facto desconhecido – 349.º do CC.⁶⁴ Por outras palavras, a presunção, partindo de factos processualmente adquiridos – daí que, adiante-se, alguns autores defendam que não tem autonomia processual -, permite

⁶² Vide VAZ SERRA, *Provas de Direito Probatório Material*, B.M.J. 110.º, p. 118.

⁶³ A ser assim, vedada está a aplicação analógica dos preceitos que invertem o ónus da prova (art. 11.º do CC.).

⁶⁴ Cfr. HELDER LEITÃO, *Da instrução...*, (2016), cit., p. 46, refere que são “os próprios dispositivos legais que estabelecem que, quando verificado determinado facto, se deve dar como provado um outro facto distinto, dada a relação de correspondência entre ambos”.

inferir, em deduzir logicamente, de um facto provado um outro que constitui o *thema probandum*. A presunção será pois, a própria inferência ou dedução.⁶⁵

A diferença entre os dois tipos reside no facto de na presunção legal a dedução ser realizada previamente pelo legislador, ao passo que na judicial aquela é levada a cabo pelo julgador.

2. A propósito da natureza jurídica da presunção, VAZ SERRA⁶⁶ ensinou-nos que as presunções não são, propriamente, meios de prova, mas meios lógicos ou mentais de descoberta de factos, e apoiam-se em regras de experiência (apreciadas pela lei ou pelo julgador), e TEIXEIRA DE SOUSA⁶⁷ acompanhou-o nesta posição. Não querendo centrar a análise deste caso de inversão na discussão sobre a sua natureza jurídica, para o que aqui nos interessa, dir-se-á apenas que reconhecemos a falta de autonomia processual das presunções, uma vez que o facto que serve de base à presunção é sempre provado por meio de documentos, testemunhas ou outro legalmente admissível.

3. Posto isto, para o que aqui nos interessa, refira-se que o artigo 350.º n.º 1 do CC estabelece que quem tem a seu favor uma presunção legal não tem de provar o facto novo a que ela conduz. Ou seja, não cabe ao beneficiário da presunção fazer prova dos factos constitutivos do direito que invoca, bastando-lhe alegar e provar o facto que serve de base à presunção (denominado *facto-base*).^{68 69}

4. Assim, caberá à parte contrária ilidir a presunção, mediante prova do contrário, o que só poderá ocorrer se estivermos diante de uma presunção ilidível (*iuris tantum*), excepcionando-se os casos de presunções inilidíveis (*iuris et de iure*) – 347.º e 350.º n.º 2 do CC.⁷⁰ Nos casos referidos por último, surge-nos a figura da chamada

⁶⁵ ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual...*, (1985), cit., p. 501.

⁶⁶ VAZ SERRA, *Provas...*, cit., p. 198.

⁶⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes...* (1995), cit., p. 210.

⁶⁸ A título de exemplo refira-se o art.º 7.º do Código do Registo Predial, segundo o qual quem tem um prédio registado a seu favor na Conservatória do Registo Predial goza da presunção legal da titularidade do direito de propriedade correspondente (ou de outro direito real, conforme o caso).

⁶⁹ A este respeito LUÍS FILIPE PIRES SOUSA, *Prova...*, (2013), 2ª edição, p. 160, considera que em sede de temas da prova, a presunção, seja ela legal ou judicial, duplica o tema de prova, porquanto consideram que a parte processual beneficiada com a presunção pode escolher provar o *facto-base* (geralmente o mais fácil) ou o facto presumido.

⁷⁰ As segundas fazem prova pleníssima dos factos presumidos, pelo que não podem ser ilididas, as primeiras só fazem prova plena, podendo ser ilididas por prova do contrário.

prova do contrário, que ao contrário do que sucede com a contraprova, o seu sucesso não é atingido pela criação da dúvida sobre a verificação do facto presumido, antes se exige que o juiz esteja positivamente convencido de que o facto presumido não se verificou.⁷¹

5. Por último cumpre referir que o artigo 607.º, n.º 4 do CPC, na parte final, atribuí ao juiz, um dever de extrair dos factos apurados, as presunções impostas por lei – o que configura uma opção em linha com o disposto no artigo 5.º n.º 3 do mesmo diploma.

ii. Dispensa ou liberação do ónus da prova

1. Acabámos de ver que a presunção legal se cinge à prova do *facto-base*. Como se distingue da dispensa ou liberação do ónus da prova? A dispensa ou liberação do ónus da prova corresponde à obtenção dum resultado probatório sem a apresentação de qualquer atividade probatória. Nesta senda, o legislador dispensa ou libera da demonstração de um facto a parte visada pela norma.

Vejamos um dos exemplos apontados por LEBRE DE FREITAS⁷², que afirma que nestas circunstâncias constata-se que o facto dispensado de prova é dado por assente por razões diversas duma regra da experiência: o artigo 68.º n.º 2 CC estabelece a ‘presunção’ da comoriência com base na consideração da igualdade de probabilidades de sobrevivência de cada uma das pessoas falecidas, embora a hipótese menos provável seja a de as duas pessoas terem falecido no mesmo preciso segundo.

2. Nestes casos caberá à parte não visada levar a cabo a prova em contrário, ou seja, provar o facto contrário ao liberado.⁷³ E pensamos que também aqui o legislador teve em conta a maior facilidade da prova.

⁷¹ No exemplo avançado em nota de rodapé, neste ponto, a parte contrária pode alegar e provar factos que permitam ilidir essa presunção legal.

⁷² LEBRE DE FREITAS, *A ação Declarativa...*, (2013), cit., pp. 208-209

⁷³ Por exemplo no artigo 1260.º n.º 2 do CC, onde se prevê que o possuidor de posse titulada está dispensado/liberado de provar a sua boa fé, caberá à parte contrária o ónus de provar a má fé do possuidor.

iii. Convenção

1. No art. 344.º n.º 1 do CC prevê-se ainda uma forma de inversão convencional, na qual permite-se que as partes possam, no âmbito do direito disponível, acordar (a par do objeto da prova e os meios de prova) a inversão do ónus da prova, dela dispensando a parte de outro modo onerada – vinculando também o decisor quanto ao seu conteúdo.⁷⁴

Segundo LEBRE DE FREITAS⁷⁵, estas convenções sobre o ónus da prova são feitas normalmente no âmbito dos factos constitutivos e impeditivos, onerando o titular do direito com a prova da não ocorrência dum elemento da *factispécie* constitutiva; ou mais dificilmente, por tornar excessivamente difícil a posição do titular do direito, poderá traduzir-se na estipulação de que lhe incumbe a prova da não ocorrência dum facto extintivo.

2. Assim a Lei apenas assinala quatro limites a estas convenções:

- i. não pode incidir sobre direitos que não estão na disponibilidade das partes (art. 345.º n.º 1, primeira parte), porquanto permitiria desvirtuar esse carácter dos direitos por via da alteração da distribuição do ónus da prova;
- ii. não pode redundar numa situação de prova excessivamente difícil para a parte contrária (art. 345.º n.º 1, segunda parte), o que configuraria nula limitação ou eliminação do direito – recorre-se a um conceito jurídico indeterminado, mas que poderemos preencher por exemplo quando recaía sobre factos negativos;
- iii. não pode alterar o elenco de meios legais de prova (art. 345.º, n.º 2, primeira parte); e,
- iv. não podem derrogar princípios de ordem pública (art. 345.º, n.º 2, segunda parte).

⁷⁴ Vide a este respeito GALVÃO TELES, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., 1982, a propósito de cláusulas que limitam a responsabilidade das partes.

⁷⁵ Cfr, LEBRE DE FREITAS, *A ação Declarativa...*, (2013), cit., pp. 208-209.

iv. Determinação legal

Na última parte do artigo 344.º n.º 1 prevê-se situações em que a própria Lei estabelece a inversão do ónus da prova, de modo diverso, ao que operaria de acordo com as regras supra analisadas.

Um exemplo acabado é o artigo 417.º n.º 2 do CPC, que se detalhará em seguida.

v. Recusa de cooperação

1. Antes de mais, refira-se que existem recusas legítimas de cooperação⁷⁶. Não obstante, nesta sede trata-se da conduta (ação ou omissão), ilegítima, de um dos sujeitos processuais, sem a qual o esclarecimento acerca de um determinado facto seria possível.

Assim prevê-se no artigo 344.º n.º 2 do CC que:

“Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.”

Aqui a inversão do ónus da prova surge como uma sanção para a parte, que através de uma conduta culposa, impossibilitou a realização da prova à parte inicialmente onerada⁷⁷.

O artigo 417.º do NCPC estipula que se o recusante for uma parte processual, além de lhe poderem ser aplicadas multas e de a recusa poder ser livremente apreciada pelo juiz para efeitos probatórios (recusa como princípio de prova), pode, verificando-se simultânea ou alternativamente a impossibilidade de produção de prova pela parte onerada, haver lugar à inversão ónus da prova.⁷⁸

⁷⁶ V.g. sigilo bancário – *vide* mais desenvolvimentos no ac. do TRP, de 21-01-2014, proc. n.º 664/04.6TJVNf-C.P1, relator RODRIGUES PIRES.

⁷⁷ Segundo LEBRE DE FREITAS, *A ação...*, (2013), cit., pp. 208-209 o “preceito aplica-se quando por exemplo o condutor do automóvel destrói, após a colisão, os indícios da sua culpa no acidente de viação, quando uma das partes impede a testemunha oferecida pela outra parte de se deslocar ao tribunal, quando a parte notificada para apresentar um documento não o apresenta ou declara que não o possui, tendo-o já possuído e não provando que ele desapareceu ou foi destruído sem culpa sua, quando o réu em ação de investigação de paternidade se recusa a permitir o exame do seu sangue e quando dum maneira geral a parte recusa colaborar para a descoberta da verdade”.

⁷⁸ Veja-se a este respeito o ac. do TRL, de 19.02.2008, processo n.º 7371/2007-1, relatora MARIA ROSÁRIO BARBOSA, onde se lê “A ‘inversão do ónus da prova’ surge, assim, como uma forma de sanção civil, punitiva de uma ilicitude civil, que, inclusive pode revestir enquadramento penal, sob a tipificação dos crimes de desobediência ou de falsas declarações.”.

2. Antes deste normativo ter consagração legal em Portugal, VAZ SERRA⁷⁹ recorria ao exemplo alemão, para fundamentar uma aplicação analógica da solução lá consagrada, dada a semelhança com o regime português nesta matéria (artigo 553.º do CC de 1939).

3. A respeito dos fundamentos deste instituto podemos avançar alguns que nos fazem sentido, a saber: manifestação de um dever geral de colaboração processual imposto às partes; mecanismo de compensação de danos, pois tendo a frustração da prova sido culposamente causada, deve a outra parte ficar na mesma situação como se não se tivesse verificado essa frustração; razões de razoabilidade em não manter a parte inicialmente onerada, quando a contraparte, culposamente, impossibilitou a realização da prova; e, garantir o acesso à justiça através de um processo justo e equitativo, em que ambas as partes possam efetivar os seus direitos em juízo, através da imposição às partes de uma conduta tal que contribua para aqueles fins.

4. A aplicação da supra mencionada cominação à recusa não é automática, antes pressupõe a verificação e constatação pelo julgador de dois requisitos cumulativos: um comportamento culposamente da parte não colaborante; e, em virtude daquele comportamento, a impossibilidade do onerado inicial produzir a prova⁸⁰. E, tal como já foi referido, e resulta da parte final do preceito, é ainda juridicamente possível a aplicação cumulativa da inversão com sanções com efeitos probatórios e outras.

Começemos pelo requisito da culpa. Alguns autores⁸¹ debateram-se sobre se a par do dolo seria operável a inversão do ónus da prova em caso de negligência. A preocupação subjacente a esta discussão assentou na ponderação da aplicação de uma consequência tão gravosa à mera negligência. A este respeito, acompanhamos RUI RANGEL⁸² que entende que sim, porquanto o conceito de *culpa* surge-nos aqui na sua aceção ampla, e, pretendendo a *ratio* da norma censurar comportamentos violadores do princípio da cooperação, não se descortina um fundamento para distinguir o tratamento da negligência.

⁷⁹ Cfr. VAZ SERRA, *Provas...*, cit., p. 100.

⁸⁰ LOPES DO REGO, *Comentários ao código de processo civil*, v. I, 2.ª edição, 2004, p. 455, exige adicionalmente outros dois requisitos, a saber: relação causa efeito entre a conduta culposa da parte não colaborante e a impossibilidade, e notificação da parte não colaborante da cominação em que incorre.

⁸¹ V.g. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*, (1995), cit., p. 226.

⁸² RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p.187, que segue VAZ SERRA e RITA LYNCE FARIA.

No tocante ao requisito da impossibilidade da prova, discute-se se bastará a dificuldade na produção da prova ou exigir-se-á a impossibilidade daquela. A este respeito, por um lado, parece-nos que a Lei não deixa margem para dúvidas, porquanto expressamente prevê apenas a “impossibilidade”, e, como já mencionámos, trata-se de uma regra excecional, pelo que não comporta aplicação analógica, nem tão pouco se aceita que concetualmente consigamos colher o fundamento de impossibilidade em sentido *latu* como fizemos para a *culpa*; por outro, tendo por base as várias consequências do artigo 417.º n.º 2 do CPC, entende-se, à luz do princípio da proporcionalidade, que a inversão deve confinar-se aos casos de verificação da impossibilidade, e que para os demais será aplicável a multa e os meios coercivos.

Todavia, também o conceito de impossibilidade será preenchido pelo julgador, atento a importância e utilidade da prova no alcance da verdade material no pleito. Isto porque, se a prova assumir tal importância ou for dispensável não faz sentido uma consequência tão gravosa. Contudo, não sufragamos a posição de RUI RANGEL⁸³, para quem a importância da impossibilidade deve ser decisiva para a causa (devendo configurar o facto principal), nomeadamente não deve existir outro meio de prova suscetível de provar aquele facto. Esta posição é muito exigente, pelo que, preferimos acompanhar LEBRE DE FREITAS⁸⁴ que defende que a impossibilidade afere-se pela importância e utilidade do meio de prova para a descoberta da verdade, não obstante existir outros passíveis de demonstrar o facto. Em suma, a mera dificuldade da prova não pode levar à sua inversão, devendo antes aplicar-se a regra geral nesta matéria. Assim, a verificação do requisito objetivo, em caso de dúvida, é julgada contra aquele a quem aproveitaria a inversão do ónus da prova.

5. Da aplicação da inversão das regras do ónus da prova resulta que, a parte não colaborante fica onerada com a demonstração da não verificação do facto que servia a pretensão do direito invocado. Deste modo, o resultado que se alcança deriva das regras da experiência, pois uma parte que impossibilita a outra de um determinado meio de prova, em princípio fá-lo motivada pelo receio processual, de que aquela lhe venha a ser desfavorável.

⁸³ RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p.188.

⁸⁴ LEBRE DE FREITAS, *A ação...*, (2013), cit., pp. 215.

3. Conclusões

As supra analisadas regras do ónus da prova foram influenciadas pela Teoria das Normas de ROSENBERG, pelo que, operam uma repartição, que imputa o ónus aos pleitantes, tendo apenas por base a função que o facto a provar desempenha na norma ou contra-norma invocada por aqueles.

Da análise levada a cabo constata-se que, a par da regra geral, o legislador português acautelou casos especiais e de inversão de distribuição de ónus da prova. E, quanto a nós, tal é demonstrativo do reconhecimento de que nem todos os casos podem ser tutelados com a mesma solução de distribuição. Tal afirmação permite-nos concluir dois aspetos: o legislador português deparou-se com o problema jurídico que analisaremos de seguida – demonstrativo de que ele existe; o legislador português não foi indiferente a esse problema, e, quanto a parte do problema, já consagrou soluções de repartição distintas da regra geral nesta matéria.

No mesmo sentido, tendo por base o regime legal, aquele que invoca um direito não tem de provar todos os factos, positivos e negativos, necessários à boa decisão da causa, porquanto tal apresentar-se-ia como irrazoavelmente difícil, ou até mesmo, impossível.⁸⁵ Antes, verificámos que o legislador, sobretudo no artigo 343.º do CC procurou atribuir o ónus à parte que se encontra em melhor situação para a produzir⁸⁶ - o que, como veremos, nem sempre sucederá, nem chegará para acautelar o fim do processo.

⁸⁵ ANA CRISTINA DO AMARAL PATRICIO, *A inversão do ónus da prova, no caso de não colaboração de uma das partes*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Professora Doutora Rita Lynce de Faria, 27 de abril de 2013, p. 8, afirma que tal redundaria numa “pré-resolução do litígio”, sendo que este estaria predestinado a ser resolvido contra a parte que alega o direito.

⁸⁶ Um exemplo do referido constitui a situação de o réu, numa compra e venda, saber melhor a data, método de pagamento e possuir documentos comprovativos do pagamento que fez; e em alternativa, no mútuo, é normal que o autor mutuante o saiba.

SECÇÃO II

Necessidade de flexibilização da distribuição do ónus da prova no processo civil português

1. Problema

1.1. Demonstração

1. Na primeira parte deste capítulo procedeu-se à contextualização, sistematização e enunciação do regime jurídico (relevante) da distribuição do ónus da prova no Código Civil. Constata-se que o mesmo não prevê nenhuma norma ou mecanismo que habilite distribuir o ónus da prova considerando as eventuais dificuldades probatórias, que se verifiquem num caso concreto. Trata-se de normas gerais e abstratas, desligadas da posição ou dificuldade probatória das partes num concreto litígio, bem como da dificuldade probatória objetiva, que presente a prova de determinado facto.

Qual a relevância do que se acabou de dizer?

Partindo da constatação anterior, alguma doutrina portuguesa⁸⁷, inspirada na estrangeira, teorizou sobre a necessidade de flexibilizar as regras de distribuição do ónus da prova, previstas no CC. Contudo, parece-nos necessário contextualizar esta preocupação, e, para tal, afigura-se imprescindível desenvolver a função jurídica deste tipo de regras, para, em seguida, percebermos o fundo do problema que vamos estudar.

2. No Direito Português, a par de outras ordens jurídicas, vigora uma proibição geral do *non liquet*, estabelecida no artigo 8.º n.º 1 do CC e artigo 3.º n.º 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais⁸⁸, onde se prevê que o aplicador do direito não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca da verificação dos factos em apreciação no litígio.

Tal proibição significa que a *dúvida*, o *non liquet* acerca de qualquer facto relevante, tendo por base o direito subjetivo em causa, após a análise das provas

⁸⁷ Vide capítulo III, ponto 2.2.2..

⁸⁸ Este princípio decorre, de resto, do artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem, bem como do artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

constantes dos autos, por falta ou insuficiência das mesmas, não isenta o decisor de proferir uma decisão, tal como se tivesse formado uma convicção segura sobre o pleito - em prossecução da tarefa de administrar a justiça (artigos 202.º n.º 1 da CRP e 152.º n.º 1 do CPC).⁸⁹

Ora, apesar da natureza privada dos litígios, e, conseqüentemente, do interesse das partes na demanda, do princípio da aquisição processual⁹⁰ entre outros, e outras formas consagradas para evitar a verificação do *non liquet*⁹¹, e, até mesmo, de um efetivo empenho das partes, estas (ou do Tribunal, como se verá⁹²) pode não se conseguir demonstrar os factos alegados (e controvertidos). O que coloca o julgador, finda a fase de produção da prova, perante o dever de decidir a causa, ainda que não tenha formado uma convicção sobre a verificação ou ocorrência de um ou mais determinados factos, vitais à aplicação das normas materiais sobre as quais recaia a decisão⁹³. E, é aí que, as regras sobre o ónus da prova apresentam a virtualidade de permitir ao julgador ultrapassar a enunciada situação de dúvida, fornecendo-lhe um critério de decisão, porquanto, recorde-se, que não pode recusar-se a julgar (condenando ou absolvendo).

Ao invés, o magistrado julgará contra a parte onerada com a prova daquele(s) facto(s) – tal como prescreve o artigo 414.º do NCPC – nos termos das regras supra analisadas.⁹⁴ Ou seja, em caso de dúvida⁹⁵, o critério reside na ponderação de a quem é que os factos aproveitam, tal como resulta deste preceito que prescreve:

“A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.”

⁸⁹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, (1963), cit., p. 184, e RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 97.

⁹⁰ Vide desenvolvidamente sobre este no capítulo III, ponto 2.3.7..

⁹¹ Enuncie-se a título exemplificativo as presunções legais e as normas que estabelecem como se resolve determinada situação em caso de dúvida, como por exemplo o art. 566.º n.º 3 do CC.

⁹² No Capítulo III, ponto 2.3.7..

⁹³ ELISABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., pp. 814-815.

⁹⁴ A este respeito, ELISABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., pp. 814-815, refere-se a estas como “o kit de emergência em face da proibição absoluta de *non liquet*”.

⁹⁵ Segundo o ac. do STJ, de 29-05-2012, proc. n.º 4146/07.6TVLSB.L1.S1, relator SALAZAR CASANOVA, a dúvida que aqui se considera não é a dúvida do juiz no julgamento sobre a ocorrência de um facto atenta a prova produzida, pois, neste caso de dúvida, impõe-se-lhe decidir no sentido de o facto não se considerar provado – como se referiu, as regras de ónus da prova aplicam-se apenas em situações de *non liquet*..

Nesta norma encontramos duas situações diferentes de dúvida aquando da decisão da matéria de facto: a respeitante à realidade de um facto, e a referente à repartição ónus da prova.⁹⁶

No tocante à primeira parte da previsão da norma, a dúvida aqui equivale ao estado de incerteza sobre a existência ou ocorrência do facto que não foi provado, a impor a repartição do ónus da prova contra a parte a quem o facto aproveita – o julgador dá como provado o facto contrário.

Relativamente à segunda, o julgador perante a dúvida sobre a repartição da prova do facto controvertido, imputa-a à parte a quem o facto aproveita.

3. Por último, refira-se que, tudo depende da atividade probatória das partes.

Se o autor instaura uma ação (pensemos nas de simples apreciação positiva), de condenação ou constitutiva, incumbe-lhe a prova do facto constitutivo da situação jurídica alegada, e, apenas perante esta prova se devolve à outra parte a prova do facto impeditivo, modificativo ou extintivo daquela. Tal como ensina TEIXEIRA DE SOUSA⁹⁷, a este respeito, se o autor não prova o facto constitutivo, a ação é julgada improcedente, segundo o princípio *actore non probante reus absolvitur*, mesmo que o réu não prove qualquer facto impeditivo, modificativo ou extintivo.⁹⁸ Porém, se o autor realiza a prova do facto constitutivo, o réu pode, em alternativa, assumir uma das seguintes atitudes: impugnar aquela, por contraprova ou por prova do contrário; ou, provar um facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado pelo autor.

Relativamente à primeira opção, prescreve o artigo 346.º do CC, que com exceção do disposto no artigo seguinte (347.º, relativo ao modo de contrariar a prova legal plena), à prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ónus probatório, pode a parte contrária opor contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos - se o conseguir, é a questão decidida contra a parte onerada com a prova.

99

⁹⁶ Se verificadas as duas, a última tem de ser resolvida primeiro.

⁹⁷ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*(1995), cit., pp. 259-260. Daí que, o autor afirme que a posição probatória do réu depende da prova produzida pelo autor.

⁹⁸ Neste caso se o autor não realiza a prova do facto constitutivo da situação jurídica que invoca, a ação é julgada improcedente e o réu é absolvido do pedido, e só fica estabelecida a inexistência desse facto constitutivo e não a existência de qualquer facto contrário ou incompatível.

⁹⁹ A este respeito, cfr. ensina ANTUNES VARELA, ob cit., p.310., refira-se que a prova bastante admite contraprova (346.º do CC); a prova plena apenas cede perante prova do contrário (347.º do CC); e, a prova pleníssima não admite prova do contrário.

Todavia, como se verá adiante¹⁰⁰ ambas as partes devem estar atentas quanto às virtualidades probatórias dos factos que são trazidos a juízo (independentemente da sua proveniência, atento o princípio da aquisição processual), porquanto o juiz terá de admitir as iniciativas probatórias tomadas pela parte prejudicada.¹⁰¹

4. Segundo RUI RANGEL¹⁰² estas regras não solucionam o *non liquet*, a dúvida do Tribunal permanecerá. Antes, permitem suportar a decisão do Tribunal, não obstante a existência da dúvida, fornecendo-lhe um critério de decisão. Trata-se de uma regra de decisão em matéria de facto, porque visa dar resposta a problemas relacionados com a prova e a demonstração de determinados factos, em nada contendo com a aplicação de direito. TEIXEIRA DE SOUSA refere que o funcionamento do ónus implica uma ficção jurídica, em que o julgador ficciona que se encontra provado o facto contrário para fundamentar a sua decisão.¹⁰³

5. Pelo supra exposto, resulta que nem sempre haverá lugar à aplicação destas regras. Se, ao invés, após a fase da produção de prova, o julgador se convencer sobre a verificação/ocorrência ou não dos factos alegados e controvertidos, dá-os como provados ou não, respetivamente, conforme se convença ou não sobre a verdade ou inverdade daqueles - diz-se na gíria que se “fez prova” -, e, nessa circunstância, não haverá lugar à aplicação do instituto do ónus da prova.

6. Ora, a ser assim, pensamos que, não se cometerá nenhum exagero se se afirmar que, cada vez mais assistimos e assistiremos a uma crescente complexidade das situações de facto, o que aumenta potencialmente a possibilidade de ocorrência de situações de dúvida, e, conseqüentemente, o número de situações de *non liquet*. Não nos choca, que se constate, por vezes, e cada vez mais, que apesar de esgotadas todas as fontes de conhecimento disponíveis, o Tribunal não consiga obter a certeza sobre a verificação ou não verificação de um facto essencial para a decisão.

¹⁰⁰ No capítulo III, ponto 2.3.7..

¹⁰¹ Também neste sentido, LUÍS FILIPE PIRES SOUSA, *Prova por presunção no Direito Civil*, 2ª edição, 2013, p. 117.

¹⁰² RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 129.

¹⁰³ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*, (1995), cit., p. 216.

A este respeito, conforme refere ELISABETH FERNANDES¹⁰⁴, no ordenamento jurídico português muitos são os exemplos de factos impossíveis ou muito difíceis de provar – dificuldade probatória que denominamos de objetiva, porquanto não é específica de um litigante, e por características pessoais deste, apura-se em relação ao próprio facto. E, chegados a este ponto da exposição, elencaremos alguns dos exemplos que a Autora reúne, como estando nesta categoria: i. factos que se traduzem em estados internos; ii. factos que as normas inscrevem na sua forma negativa; iii. factos futuros; iv. factos antigos; v. factos que ocorrem em situações de privacidade máxima; vi. relativos à prova de nexos causalidade entre uma determinada ação e um dano; vii. factos que integram a culpa de um agente no exercício de uma profissão; viii. factos de discriminação; prova da concorrência desleal; ix. factos que integram a simulação, em especial do acordo simulatório.

PEYRANO elenca como prova difícil (e ilustra com casos jurisprudenciais) as situações que têm por base a demonstração de direitos antigos, direitos no âmbito de condições de privacidade máxima, prova impossível e prova extinta.¹⁰⁵

Também nós, seguindo esta lógica, conseguimos vislumbrar mais exemplos, a saber: i. factos que ocorram através de meios eletrónicos; ii. factos que ocorram em ambiente digital, como sucede com o advento das redes sociais; iii. factos que ocorram no meio ambiente.

Por seu turno, PEDRO MÚRIAS apresenta os seguintes grupos de exemplos, quando escreve sobre os limites à Teoria das Normas: lacunas rebeldes à *analogia legis*, interpretação extensiva ou restritiva, decisões de equidade, e ações de declaração de existência ou não de um facto.¹⁰⁶

7. Assim, a propósito da dificuldade da prova de certos factos surge a alusão à chamada *probatio diabolica* (prova diabólica). Antes de mais, refira-se que o nome advém de se considerar que na prática é impossível de realizar. Entre nós não existe muita dedicação doutrinal a este tema.¹⁰⁷

¹⁰⁴ ELISABETH FERNANDES, *O ónus...* (2013), cit., p. 811.

¹⁰⁵ Cfr. PEYRANO, *La prueba difícil*, Revista peruana de derecho procesal, 1991-1688, n.º. 3, 1999, pp. 92 e seg.s.

¹⁰⁶ Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Por uma...* (2000), cit., pp. 92 e seg.s.

¹⁰⁷ Vide a este respeito, a, já várias vezes citada, obra de ELISABETH FERNANDES sobre a prova diabólica.

Por seu turno, adiante-se que, se a este respeito encontramos alguma jurisprudência portuguesa que se refere à prova diabólica¹⁰⁸, todavia não vislumbrámos nenhum caso em que na decisão venha vertida a dificuldade do julgador, mediante uma situação de *prova diabólica*. Antes verificámos a referência a esta aquando da justificação das regras especiais de ónus da prova, previstas no CC - o que, pode permitir duas leituras distintas: i. considerar que em Portugal, as regras sobre o ónus da prova, tal como previstas no CC (*máxime* ações de apreciação negativa), evitam estas situações, resolvendo-as; ou, ii. considerar que não existem outras referências na jurisprudência consultada, porquanto nas situações fora do âmbito das regras especiais ou de inversão do ónus, o julgador vê-se forçado a resolvê-las pela aplicação da regra geral, sem que mencione aquela dificuldade que lhe assistiu.

Pensamos que, embora distintas, ambas são verdadeiras e cumulativas - adiante¹⁰⁹ retiraremos as consequências do que se aflorou neste ponto.

8. Como supra se referiu, verificada uma situação de *dúvida* sobre a demonstração de um facto importante para a decisão da causa, em nome da proibição de *non liquet*, operarão as regras de distribuição do ónus da prova. Sucede que a doutrina¹¹⁰ que se dedica a esta questão entende que, as regras de distribuição do ónus da prova, tal como desenhadas, i.e., indiferentes à possibilidade probatória concreta das partes e à maior ou menor dificuldade da prova em termos objetivos, alicerçadas tão-só na função desempenhada pelo facto na norma material do direito invocado, necessitam de ser flexibilizadas. E, a ser assim, esta distribuição, em certos casos, redundaria numa violação de vários princípios, que no ponto seguinte se referirá.

Mas o que tem a dificuldade da prova a ver com o que se referiu até agora?

Quando se apelida a distribuição do ónus da prova de fixa, estática, rígida, inflexível, entre outros adjetivos semelhantes, quer referir-se que, aquela distribuí o ónus probatório de forma apriorista e imutável. Ou seja, que o juiz não poderá proceder à alteração das regras sobre o ónus da prova, no caso concreto. O que equivale a dizer

¹⁰⁸ V.g. Ac do TRC, de 08-09-2009, proc. n.º 138-D/1998.C1, relator a ISABEL FONSECA, e do mesmo Tribunal, de 16-12-2015, proc. n.º 1395/08.3TBLRA.C1, relator ARLINDO OLIVEIRA.

¹⁰⁹ Vide capítulo III, ponto 2.2.2.

¹¹⁰ Por cá, destacam-se, PRAZERES BELEZA, *O ativismo...*, (2012), cit., p. 7, ELIZABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., p.828, e RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., pp. 133 e seg.s..

que, aquele não pode furtar-se a atribuir à parte onerada a consequência jurídica prevista pelo 414.º do CPC.¹¹¹

Sucedem que tal, como estão previstas aquelas normas, podem onerar precisamente a parte que mais dificuldades apresenta em produzir a prova - e é nesta senda que, como adiante se verificará, surge o critério da *melhor condição probatória*. É que, a par dos casos de dificuldade ou impossibilidade objetiva de prova (neste ponto, no parágrafo 6), as partes podem apresentar (por motivos externos ao processo) uma dificuldade subjetiva em realizar a prova - por motivos económicos¹¹², técnicos¹¹³, sociais, pessoais e/ou fáticos¹¹⁴.

Assim, ao contrário dos EUA, tal como em outros países da *Commonlaw*, em que para cada tipo de pretensão existe uma regra de distribuição, evitando-se a redação de regras gerais, e o juiz atribui o ónus da prova atenta a facilidade da sua realização (mediante um critério de equidade), em Portugal pode suceder que, pela aplicação das regras, o ónus recaia sobre a parte que não tem as *melhores condições probatórias*, pelos mais variados motivos externos ao processo.¹¹⁵

E, apesar de, a par da regra geral existir outras duas, que acautelam casos especiais e de inversão, atenuando esta problemática na vertente objetiva, estas não dão resposta às dificuldades subjetivas apontadas. Além de que, estas regras, como se viu, até quanto às dificuldades objetivas nem sempre serão suficientes, até porque nem sempre se verificará a sua aplicação - e, portanto, cada vez mais se colocará a questão de saber em que moldes vale o *acesso à justiça*, a par de outros princípios consagrados entre nós.

9. A primeira e última dificuldade que assalta a maioria dos autores e pensadores deste problema prende-se com a necessidade de erigir um princípio geral de distribuição

¹¹¹ ELIZABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., p. 825.

¹¹² CAPPELLETTI, *Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Nortfleet, 1988, p. 8, aponta três vantagens para os que possuem uma capacidade financeira superior: (i) podem pagar para litigar; (ii) podem, além disso, suportar as delongas do litígio; (iii) de modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar os seus argumentos de maneira mais eficiente.

¹¹³ Quando a ação convoca uma determinada área técnica, a produção de prova apresentará maiores dificuldades para a parte que não a domine.

¹¹⁴ Segundo alguns autores, como DANIEL CARNEIRO GUERRA, *Cargas...*, (2009), cit., pp. 28 e seg.s, conforme as circunstâncias e participação das partes no(s) facto(s) que motivou(aram) o litígio, pode suceder que uma esteja em “posição privilegiada para revelar a verdade”, quer por estar mais próxima dos indispensáveis meios de prova ao deslinde da questão, quer por ser a única que dispõe dessa prova.

¹¹⁵ O mesmo sucede na Suíça, de acordo com RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 136.

que dê resposta a todos os exemplos elencados, e, em geral, a todas as situações de dificuldade probatória.

1.2. Consequências

1. Encaradas assim, as regras elencadas do Código Civil sobre a distribuição do ónus da prova, na opinião dos teorizadores deste problema¹¹⁶, estas serão potencialmente geradoras de graves injustiças no caso concreto. Em certos casos podem deixar de lado o *acesso ao direito* e a efetividade da tutela jurisdicional, erguendo um obstáculo à efetiva reivindicação individual de direitos, e, no fundo, uma barreira no *acesso à justiça* e denegação de um processo equitativo, sobretudo por violação do princípio da igualdade das partes e direito à prova, bem como desvirtuar-se-á o princípio da cooperação.¹¹⁷

Vejamos em que sentido.

2. O art. 20.º da CRP sob a epígrafe “acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”¹¹⁸ preceitua que a tutela constitucional não se basta com a mera consagração do direito a propor ações em Tribunal (*acesso aos tribunais*). Antes impõe também que a todos os cidadãos seja assegurado o direito a uma proteção jurídica efetiva e célere (*acesso ao direito*) - a par de outros direitos conexos com um direito geral à proteção jurídica –, daí que se refira ao *acesso à justiça*, de modo a abarcar ambas as exigências ali previstas.¹¹⁹

3. Nos termos do n.º 4 daquele preceito, o *acesso ao direito* comporta uma perspetiva de processo equitativo, cuja mais imediata concretização redundaria no direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de tratamento – e que impede uma discriminação negativa. Aqui o juiz deve assegurar que durante a ação é conferido a

¹¹⁶ Por cá, destacam-se, BELEZA PRAZERES, *O ativismo...*, (2012), cit., p. 7, ELIZABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., p.828, e RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., pp. 133 e seg.s..

¹¹⁷ Neste sentido, PETRA MOTA, *A distribuição do ónus da prova em processo civil: um obstáculo no acesso à justiça? Breves considerações sobre a possibilidade de flexibilização dessa distribuição*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos, 2015, p. 27 e seg.s..

¹¹⁸ No mesmo sentido, *vide* os artigos 10.º da DUDH, 6.º n.º 1 da CEDH, e, 2.º do CPC.

¹¹⁹ GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1.º a 107.º, V. 1, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 409.

ambas as partes um estatuto de igualdade substancial, ao abrigo do princípio previsto no artigo 13.º daquele diploma, com concretização infraconstitucional no art. 4.º do CPC. Isto porque, aquele impõe que ambas as partes sejam colocadas no processo em perfeita paridade de condições e de circunstâncias de obter uma decisão justa, através do mesmo tratamento e oportunidades. É precisamente este o *busílis* dos defensores da necessidade de flexibilização, uma vez que reivindicam ser necessário tratar desigualmente as partes desiguais (quando verificável), na exata medida da sua desigualdade, e no caso concreto – distribuindo-se o ónus de acordo com a possibilidade probatória de cada uma.¹²⁰

O processo equitativo traduz-se igualmente num direito à prova, i.e., à apresentação de provas destinadas a demonstrar e provar os factos alegados em juízo, que carecem da mesma. Ora verificadas as dificuldades supra referidas, também aqui haveria espaço para arguir que as regras estáticas vedam o direito à prova – e consequentemente o *acesso ao direito*.

4. Por seu turno, o direito à tutela jurisdicional efetiva, também previsto naquela norma (n.º 5 do artigo), decorre, nas palavras de GOMES CANOTILHO, do facto de não ser suficiente a garantia de acesso aos tribunais e ao direito, sendo imperativo que a mesma seja efetiva. O que entre outras vertentes, envolverá a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito, que opere a justa e definitiva composição do litígio. Privilegiando-se a decisão de fundo sobre a mera decisão de forma - busca pela verdade e justiça material – o que também já decorria da exigência de um processo equitativo.^{121 122} Também aqui cumpre notar que com base nisto, os proclamadores da flexibilização reivindicam que de nada serve garantir o acesso ao sistema judicial, se a legislação não atentar às dificuldades probatórias, e permitir a frustração do esclarecimento dos factos controvertidos, pela parte que melhor pode realizar a prova, mas que consegue escudar-se na sua inércia, nos termos das regras do Código Civil.

5. Inicialmente entendido como um dever de cooperação, hoje detemo-nos perante um princípio que se impõe ao Tribunal e às partes, nos artigos 7.º e 417.º do

¹²⁰ ANA PATRÍCIA LOPES, *A distribuição dinâmica do ónus da prova no Processo Civil Português A Prova Diabólica*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Minho, sob a orientação da Professora Doutora ELIZABETH FERNANDEZ, 31 de janeiro de 2014, pp.161 e seg.s..

¹²¹ De acordo com o preâmbulo do DL n.º 328-A/95 de dezembro.

¹²² Cfr. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1.º a 107.º, V. 1, 4.ª edição, 2007, pp. 416-417.

NCPC. Abraçando a distinção de LEBRE DE FREITAS¹²³, o princípio da cooperação na vertente material tem como fim último o estímulo ao apuramento da verdade (também ela) material. A respeito deste, do ponto de vista da necessidade de flexibilização, pode argumentar-se que uma solução alcançada pela convocação da ajuda de todos os intervenientes, aumentará a probabilidade das decisões judiciais assentarem numa base factual verdadeira.

6. Em suma, tal como desenhadas, as regras de distribuição *supra* analisadas poderiam, em certos casos, redundar na inobservância destes princípios. No último capítulo, nomeadamente no ponto 3, tomaremos posição sobre o que aqui foi dito quanto às consequências.

1.3. Conclusões

1. Consideramos que esta discussão é encabeçada por alguns autores portugueses, mas na sua maioria é desenvolvida por doutrina estrangeira. O que equivale a dizer que é preciso cautela, aquando da importação desta discussão e soluções possíveis. Isto porque, pode parte do raciocínio assentar em pressupostos teóricos que no nosso ordenamento não tenham previsão (ou vice-versa). Isto para dizer o seguinte: não somos pela discussão da problemática na sua integralidade. Não encontramos nenhum autor que nos sustente, mas ainda assim, sob pena de melhor entendimento, consideramos que o âmbito do problema jurídico deve ser restringido, quando analisado à luz do caso português.

2. Antes de mais, refira-se que, várias vezes, constatámos um tratamento indiferenciado de três situações que, na nossa opinião, ocorrem em diferentes planos: soluções para evitar o *non liquet*; soluções para evitar o funcionamento da regra geral de distribuição do ónus da prova; e, soluções para flexibilizar a distribuição rígida das normas que repartem o ónus da prova. Ainda que todas possam ter o mesmo fim, as formas de evitar o *non liquet* operam ao nível da facilitação da prova e não intervêm na distribuição (*supra* neste ponto já avançamos alguns exemplos em rodapé). Tal só acontece na terceira situação apontada. A segunda como decorre da própria expressão

¹²³ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, (2013), cit., pp. 163 e seg.s..

pretendem evitar a aplicação da regra geral do ónus da prova (como a consagração do princípio da aquisição processual, casos especiais e de inversão).

3. Consideramos também que, no caso português não é correto afirmar que as regras de distribuição não observam a maior ou menor dificuldade objetiva da prova. Isso pode suceder em alguns ordenamentos, mas julgamos que não no nosso. Tal como referimos aquando da análise dos artigos previstos na secção I, do capítulo II do CC, consideramos que na *ratio* da sua redação está uma lógica de facilidade de prova – voltaremos mais desenvolvidamente a este ponto no último capítulo. Já quanto à indiferença das normas em estudo perante a situação concreta dos litigantes, nomeadamente a dificuldade subjetiva de realizar a prova, a nossa opinião acompanha a dos autores, e prosseguiremos quanto a este aspeto.

Todavia poderemos, porque o que se disse é só a nossa modesta opinião, verificar o que sucede também com a dificuldade objetiva – para contemplar a situação de não se considerar que aquelas normas a procuram evitar. Além de que, como se disse constatam-se (inclusive cada vez mais) factos difíceis de provar, e aquelas normas não permitem, embora tenham na nossa opinião esse intento, solucionar com sucesso todos esses casos.

4. Frequentemente, perante o problema aqui enunciado, argumenta-se reduzindo todas as dificuldades à posição do autor no processo, mas o nosso ordenamento não distingue deste modo, como vimos e se disse na primeira seção deste capítulo, pelo que, não nos parece correto afirmar que o autor sairá sempre prejudicado pela aplicação das regras de distribuição do ónus da prova.

5. Em tudo o mais acompanhamos o que *supra* se referiu, pelo que, em suma, consideramos que as regras de distribuição do ónus da prova analisadas atentam à dificuldade objetiva da produção da prova – e resultam de uma preocupação do legislador com esta temática. Não obstante, casuisticamente, e, cada vez mais, mercê dos novos tempos, observar-se-ão situações de acentuada dificuldade probatória, senão mesmo impossibilidade, e, nessa circunstância é imperativo encontrar uma solução. Sobretudo, no caso de dificuldade subjetiva, para o qual, aquelas não dão resposta.

Do *supra* exposto, resulta para nós que, o problema jurídico deve ser o seguinte: na dúvida sobre um facto controvertido relevante (e mediante a proibição de *non liquet*),

atentas as regras enunciadas do nosso Código Civil sobre a distribuição do ónus da prova, o caráter rígido daquelas leva a uma indiferença para com as dificuldades probatórias subjetivas, e não permitem acautelar todas as situações (cada vez mais frequentes) de prova muito difícil ou impossível que possam recair sobre a parte onerada - o que potencialmente pode desvirtuar o conteúdo do disposto no art. 20.º da CRP.

E a questão que se segue é: como se alcança a flexibilização das regras de distribuição do ónus da prova, de modo a superar ou resolver o problema jurídico?

Como refere MANUEL PINTO OLIVEIRA¹²⁴ o problema não é averiguar se um facto é constitutivo ou impeditivo, é o de averiguar se um facto deve ser constitutivo ou impeditivo; se deve o ónus recair sobre o autor ou réu; se o risco deve correr por conta do autor ou do réu. Vejamos as possibilidades já avançadas.

2. Soluções possíveis para alcançar a flexibilização

2.1. Enumeração

1. O problema jurídico versado nesta dissertação é potencialmente transversal a todos os ordenamentos jurídicos que tenham recebido a Teoria das Normas, porquanto, em princípio, em todos se verificará o tema da dificuldade ou mesmo impossibilidade subjetiva da prova. A ser assim, é possível verificar que cada um procurou adotar soluções.

Ao longo da história, várias soluções foram propostas para ultrapassar situações de dúvida, em geral. Veja-se o processo romano clássico, onde podia o juiz recorrer ao juramento de *sibi non liquere* (jurar que a situação de facto não está clara), e, consequentemente, abster-se de julgar.¹²⁵

Tendo por base soluções mais atuais, poderíamos avançar várias alternativas que têm sido propostas, mas queremos restringir-nos a possibilidades de flexibilização das regras de distribuição do ónus da prova. A este respeito, encontramos duas. Vejamos, individualmente.

¹²⁴ Cfr. MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Tópicos...*, (2014), cit., p. 437.

¹²⁵ Atualmente, sustenta-se unanimemente que, apesar da incerteza, sobre os factos o juiz está obrigado a decidir. Este princípio decorre, de resto, do artigo 6.º da Convenção dos Direitos do Homem, bem como do artigo 10.º da DUDH.

2. A jurisprudência alemã desenvolveu desde cedo uma distribuição do ónus da prova segundo zonas de perigo - Teoria das Áreas de Perigo (*Gefahrenbereich*) -, em que cada parte suporta o ónus de prova as circunstâncias factuais localizadas na sua esfera, na sua zona de perigo e responsabilidade. Em decisões posteriores, o BGH utilizou esta tese para outras áreas. Esta tese inspirou a doutrina de PRÖLSS, mas tem sido rejeitada, porquanto os conceitos de áreas de perigo e de responsabilidade são vagos.

3. Uma última solução possível, objeto nosso trabalho, é a *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*. Pelos motivos que enunciaremos no ponto seguinte, esta será a teoria selecionada para testarmos a possibilidade de resolver o problema jurídico que suscitamos, pelo que, por isso, não iremos desenvolvê-la aqui. Apenas se refere que esta solução pretende complementar o regime legal, com a possibilidade de distribuição do ónus da prova pelo julgador, atento o critério da aferição de que parte, em concreto, tem *melhores condições probatórias* de produzir determinado(s) facto(s).

2.2. Seleção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova

Não se pretende abordar formas de evitar o *non liquet*, nem tão pouco situações que podem obviar ao funcionamento da regra geral do ónus da prova, que como vimos também preenchem esse reduto, mas não constituem o objeto imediato do nosso estudo. Daí a nossa escolha recair sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, até porque, como se disse na Introdução, despidos de qualquer pretensão, reconhecemos que foi através da leitura sobre esta Teoria, que fomos confrontados com este problema jurídico, e, assim, despertou o nosso interesse por este tema.

E, também como não escondemos, é nossa intenção percorrer o raciocínio (ainda que adaptado) dos teorizadores e defensores desta, para a final, ponderar pela possibilidade ou não de importar a Teoria para resolver o problema jurídico - que acompanhamos que, por cá também se verifica (nos condicionalismos *supra* enunciados).

CAPITULO II

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA

1. Origem e contexto

1. Não é doutrinalmente pacífica a determinação da origem da *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*¹²⁶ (em Portugal, conhecida como a *Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*) – adiante abreviadamente Teoria.

Não obstante, as opções avançadas são reduzidas, a saber alguns autores defendem que foi PEYRANO¹²⁷, acompanhado por MORELLO¹²⁸, outros BENTHAM. E a crela instaurou-se porquanto, embora PEYRANO seja apontado como o grande precursor da Teoria na Argentina, que alude pela primeira vez às *Cargas Probatorias Dinámicas*, em 1981, no artigo intitulado “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”¹²⁹, já em 1971, BENTHAM afirmava que o ónus deveria ser imposto, em cada caso concreto, à parte cuja prova provocar menos inconvenientes, i.e., menos dilações, vexames e gastos.¹³⁰

Contudo, tal como ensina DANIEL CARNEIRO GUERRA, BENTHAM, jurista e filósofo inglês, juntamente com JOHN STUART MILL, foram responsáveis pela divulgação da corrente filosófica do utilitarismo, pelo que a ideia do Autor *supra* transcrita visa uma preocupação meramente económica e individualista.¹³¹ Donde, a doutrina moderna tende a situar a origem da Teoria na Argentina, pela mão do jurista argentino PEYRANO, acompanhado de *MORELLO*, ou a apontar que existe uma diferença entre a conceção original de BENTHAM e a divulgada por PEYRANO.¹³²

¹²⁶ Também dominada de *Solidaridad de la Prueba* ou *Prueba Compartida*, e, no Brasil, como *Teoria das Cargas Probatorias Dinámicas*.

¹²⁷ Cfr. PEYRANO, *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, Cargas probatorias dinámicas, 2008, p. 87.

¹²⁸ Cfr. MORELLO, *La prueba: tendencias modernas*, 2. ed., 2001, p. 98.

¹²⁹ Cfr. PEYRANO e CHIAPPINI,, *Lineamientos de las cargas probatorias*, Cargas probatorias dinámicas, 2008, p. 14.

¹³⁰ Vide BENTHAM *Tratado de las pruebas judiciales*, trad., v. II, 1971, p. 149

¹³¹ DANIEL CARNEIRO GUERRA, *Cargas probatorias dinámicas no processo civil brasileiro*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Doutor Dárcio Augusto Chaves Faria, 2009, p. 24.

¹³² Respetivamente, cfr. MARIANA THEODORO, *Breves considerações acerca da adoção da teoria da distribuição dinâmica do ónus probatório no novo código civil à luz dos princípios constitucionais*, Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 2, n.º 3, 2016, p. 1039, e ELISABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., p. 828.

À parte da crela *supra* enunciada, consideramos que, se não foi o pai, PEYRANO foi certamente o grande precursor da Teoria.¹³³

2. Esta Teoria emergiu na década de 80 do passado século, aquando do despertar da comunidade jurídica, nomeadamente da jurisprudência como se verá¹³⁴, para a problemática da distribuição do ónus da prova. Mais concretamente para a busca de soluções que permitissem ultrapassar situações particularmente difíceis de provar, senão impossíveis (aludindo à figura da *probatio diabolica*).

O ponto de partida desta tomada de consciência são o tipo de normas jurídicas de distribuição do ónus da prova, previstas pelo legislador, pois tal como estão pensadas, o ónus da prova poderia recair sobre a parte com mais dificuldade de provar um determinado facto. Isto é, sobre quem não tem as *melhores condições probatórias* (por razões externas ao processo) de fazer aquela prova.

Nesta senda, os juízes argentinos encabeçaram soluções de distribuição do ónus da prova, que extravasavam as normas legais.¹³⁵ E a partir de tais decisões, constatada a existência de resultados injustos, aquando do funcionamento daquele instituto rígido de repartição do ónus da prova, teorizou-se e procurou consagrar-se legislativamente uma forma de flexibilizar as regras tradicionais.¹³⁶

O desiderato era (e, é) claro: reduzir o esforço probatório da parte onerada, de acordo com as regras vigentes consideradas estáticas, arreigadas a determinações aprioristas, porquanto não atendem ao casuísmo e particularidades dos litígios, nem das partes¹³⁷ - o que em última análise redundaria numa violação do princípio do *acesso à justiça*.

¹³³ No mesmo sentido RONNIE PREUSS DUARTE, *A distribuição dinâmica do ónus da prova e o novo CPC*, Associação dos Advogados de São Paulo, Revista do Advogado, Ano XXXV, n.º 126, maio de 2015, p.185.

¹³⁴ Vide ponto 5 deste capítulo.

¹³⁵ Tendo começado em sede de ações de responsabilidade civil médica, e no campo da responsabilidade civil dos profissionais em geral, depressa se alargou a ações de alimentos e anulatórias de negócios jurídicos.

¹³⁶ A este respeito, PEYRANO e CHIAPPINI, *Lineamientos...*, (2008), escreveram que “situaciones y circunstancias singulares que no se avenían a ser enmarcadas en los moldes clásicos conocidos. No podía ya contentarse el derecho procesal con elaborar reglas “estáticas” cuando la realidad resaltaba la necesidad de ocuparse de conceptualizar nuevas cargas probatorias suficientemente “dinámicas” como para desplazarse hacia una u otra de las partes, en el afán de servir mejor a la justicia del caso. “.

¹³⁷ A este respeito, COLERIO, *La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba*, Revista La ley 1990-B, p. 302 escreveu que “Es que en determinados casos sometidos a decisión jurisdiccional se advertía que una de las partes, favorecida por aquéllas normas de reparto de la carga probatoria, se refugiaba en una simple negativa y se abstenía de producir toda prueba, a pesar de encontrarse en mejores

3. E qual a solução apontada e desenvolvida?

À luz desta teorização, a resposta ao problema passaria por contemplar juridicamente que: a par das regras estáticas, se habilitasse o julgador, em caso de dúvida sobre a verificação de um facto crucial e controvertido, dos poderes necessários para, naquele caso concreto, repartir o ónus da prova de maneira a (também) recair a obrigação sobre a parte que, embora não inicialmente onerada, se encontrasse em *melhores condições probatórias* de esclarecer os factos difíceis de provar. Como veremos¹³⁸, a sua aplicação depende da verificação de determinados pressupostos, bem como do respeito por alguns limites, mas prima por ser indiferente a posição da parte no processo (autor ou réu) ou a natureza do *facto probando* (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo).

Esta Teoria que rompe com a distribuição, dita estática, do ónus da prova procura equilibrar a posição probatória das partes, obstando a que a parte que melhores condições tem de produzir a prova de um determinado facto não fique absolutamente inerte, sustentada nas regras de distribuição fixa. A este respeito, MORELLO defendia que a parte em melhores condições fácticas devia produzir a prova, sem se refugiar no seu interesse particular.¹³⁹

4. Qual o postulado da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova?

Para responder a esta questão, parece-nos que o mais preciso e autêntico será começar por transcrever as palavras de PEYRANO acerca da aludida Teoría, onde pode ler-se “nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir ‘pruebas diabólicas’ que, en ciertos supuestos, se hacía recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas ‘apriorísticas’ de distribución de la carga de la prueba.”^{140 141}

Da nossa parte, constatámos que esta Teoria pretende encabeçar uma evolução processualista, no que concerne à distribuição do ónus da prova no processo declarativo

condiciones para ello ya sea por sus conocimientos técnicos, profesionales o la misma fuerza de los hechos.”

¹³⁸ Vide ponto seguinte.

¹³⁹ Cfr. MORELLO, *La prueba: tendencias modernas*, 2. ed., 2001, pp. 185-202.

¹⁴⁰ Traduzimos como (...) nasceu como um paliativo para aliviar a difícil tarefa de produzir "provas diabólicas", que, em certos casos, é colocado, sem a menor cerimónia, nas costas de uma das partes (autor ou réu) por mal entender as tradicionais e sacrossantas regras apriorísticas de distribuição do ónus da prova.

¹⁴¹ Cfr. PEYRANO, *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, ano 1992, n.º 2, p 239. E também do mesmo Autor, *Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 13, p. 111.

civil. Aquela evolução desmarca-se da lógica formal, herança do racionalismo liberal, para se aproximar da demanda pela justiça material - em observância do princípio de acesso à justiça, compreendendo ideais de igualdade, cooperação, equidade, efetividade e direito à prova.¹⁴²

2. Análise dos pressupostos e limites

1. Temos para nós que, sem cometermos grande imprecisão, a Teoria poderia ser definida do seguinte modo:

- i. mecanismo de distribuição do ónus da prova, de aplicação excepcional, porquanto não afasta as regras de repartição consagradas num determinado ordenamento;
- ii. considerado dinâmico, uma vez que a sua potencial utilização ocorre durante uma concreta ação judicial;
- iii. a aplicar fundamentadamente pelo julgador;
- iv. sempre que este, atento ao caso concreto, tenha dúvidas sobre a verificação de um facto controvertido (com aplicação limitada a este facto, valendo para os demais as regras já vigentes) relevante para a decisão da causa; e,
- v. constate que, a parte originalmente onerada com a prova daquele facto, de acordo com as regras de distribuição do ónus da prova, por razões subjetivas (na versão originária, que tenha dificuldades técnicas, profissionais e fácticas), encontra-se numa situação de maior dificuldade ou impossibilidade de realizar aquela - isto é, não tem as *melhores condições probatórias*;
- vi. possibilitando ao decisor onerar (apenas ou também) a parte contrária, se, e apenas se, esta tiver aquelas condições, e lhe for permitido exercer o direito ao contraditório.

2. Vejamos detalhada, mas agrupada categoricamente, a definição que se acabou de avançar, bem como as implicações para o regime probatório do ordenamento que

¹⁴² Bem como, segundo INÊS WHITE, *Cargas probatorias dinâmicas*, Cargas probatorias dinâmicas, 2008, pp. 68-69, o princípio da igualdade entre as partes em bases materiais; equilíbrio entre as partes; critério de equidade na relação processual; dever das partes de colaborar com o esclarecimento da verdade; dever das partes de colaborar com a verdade jurídica objetiva; dever de cooperação entre os profissionais; o de que as cargas probatórias dinâmicas são de responsabilidade do juiz no processo; a busca da justiça no caso em concreto; deveres dos juízes e de conduta processual das partes; e conceção dinâmica do processo.

adote a mencionada Teoria, para que no capítulo seguinte possamos analisar criticamente a possibilidade desta resolver o problema jurídico em estudo.

3. Casuísmo

Segundo a concepção de PEYRANO, a carga probatória dinâmica vem dar resposta ao propósito de evitar incorrer em abstrações desconectadas do circunstancialismo da causa e das partes. Por meio desta teorização da repartição apelidada de dinâmica pretende-se romper com uma visão tradicionalmente estática e apriorística de distribuição do ónus da prova, e dar lugar a uma preocupação com a maior ou menor facilidade probatória do litigante inicialmente onerado, comparativamente com a outra parte no pleito.

Todavia a Teoria só terá aplicação, mediante a análise das particularidades que apresenta o caso concreto, sobretudo, das partes em conflito, e da constatação pelo julgador da verificação de condições probatórias justificativas de uma distribuição do ónus diferente.

Trata-se de uma rejeição declarada e assumida do estabelecimento (apenas) prévio e abstrato da distribuição do ónus, desligado do caso concreto. Onde, a consequência imediata daquela opção, é que para esta construção dinâmica em nada releva a posição processual das partes no processo (autor ou réu)¹⁴³, e nem mesmo a clássica distinção entre factos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

Em suma, para aplicação desta Teoria, tudo se passa para efeitos de aferição pelo juiz, como só relevando as especificidades do caso concreto – mantendo-se (caso considere não haver justificação para desonerar a parte encarregada segundo as regras já estabelecidas) ou imputando-se (exclusiva ou simultaneamente) o encargo àquele que, pelas circunstâncias, se encontrar em *melhores condições probatórias* de fazê-lo, embora inicialmente não estivesse onerado com essa prova.

4. Melhores condições probatórias

1. Se o postulado da Teoria é retirar o peso do ónus da prova de quem se encontra em maior debilidade de suportá-lo, impondo-o (também) sobre quem se encontra em *melhores condições* de produzir a prova de um facto essencial ao deslinde

¹⁴³ A este respeito, como já referimos, o nosso ordenamento jurídico consagra uma regra geral, que também é indiferente a esta distinção.

do litígio, várias aspetos devem ser analisados, porquanto estamos perante aquilo que juridicamente classificamos como um *conceito jurídico indeterminado*. Ademais, que neste caso, é condição essencial da aplicação da teoria em estudo.

O que são as *melhores condições* de produzir a prova de um determinado facto? Como se demonstra? Quem afere? Quem deve alegar e sustentar essas melhores condições? Quais os critérios de aferição? Existe dever de fundamentação da decisão que verse sobre as melhores condições? Existirá direito ao contraditório?

Iremos procurar dar resposta a estas questões através dos autores da Teoria - o demais analisaremos criticamente no próximo capítulo.

2. Retiramos do pensamento dos autores da Teoria, que a mesma terá aplicação quando a parte que inicialmente não estava encarregada de provar, possui, de facto e no caso concreto, *melhores condições probatórias* para fazê-lo, em comparação com o onerado inicial, que apresenta maior dificuldade, ocasionada por fatores externos ao processo.

Começamos por razões de autenticidade por citar PEYRANO “en tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinamicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuente en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.”¹⁴⁴

145

ROLAND ARAZI escreveu “ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quien se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea preturbado por um excesivo rigor formal, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.”^{146 147}

¹⁴⁴ Traduzimos como: Para identificar a categoria das "cargas dinâmicas de prova", constatamos - entre outras - como formando parte da mesma aquelas segundo o qual incumbe-se o ónus da prova a quem - pelas circunstâncias do caso e sem interesse que seja como autora ou réu - encontrar-se em melhores condições de produzir a respetiva prova.

¹⁴⁵ Vide PEYRANO, *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. Cargas probatórias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008., p.263.

¹⁴⁶ ROLAND ARAZI, *La prueba en el proceso civil*, teoría y práctica, 2ª ed., 1998, p. 104.

¹⁴⁷ Tradução nossa: perante a falta de prova, é importante que o juiz valore as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando quem se encontrava em melhores condições para assentar o direito controvertido, assim como as razões que levaram a que quem tinha o ónus não a produziu, para dar primazia à verdade jurídica objetiva, de modo que o seu esclarecimento não seja perturbado por excessivo rigor formal, nas palavras da Corte Suprema de Justicia de la Nación.

O também jurista argentino JOSÉ BARBERIO¹⁴⁸ ensinou que tem a *melhor condição probatória*, a parte que, em virtude do papel que desempenhou na relação de facto, por deter documentos ou informações, por ser o único que dispõe da prova necessária, ou por estar numa posição privilegiada para revelar a verdade, bem como por motivos profissionais, técnicos, económicos ou jurídicos. O Autor refere que esta circunstância pode ser constatada pela informação constante dos autos, pela própria natureza da causa, ou por alegação das partes. Se assim não suceder, entende que, senão a alegação, a prova dessa dificuldade recairá sobre a parte que beneficiará com a dinamização da repartição.

Assim à pergunta quem deve alegar e provar as melhores condições probatórias de uma parte, entende este Autor que deve ser a parte beneficiada com a dinamização, nomeadamente deve demonstrar que logrou provar e carrear para o processo tudo o que consegue, e que por motivos que não lhe são imputáveis não consegue fazer melhor prova do que àquela, ao contrário da parte contrária, e, aí, fundamentar porquê.

3. Todavia, se ambas as partes se encontram em igual situação de dificuldade probatória, não haverá lugar à convocação da Teoria, porquanto falta um dos pressupostos: não se verifica que uma das partes tenha uma *melhor condição probatória*.¹⁴⁹ Ainda a este respeito, por explicar ficam os critérios de análise comparativa entre as partes.

4. Da aplicação da Teoria não pode resultar uma decisão surpresa para os litigantes, e a ser assim, exige-se a salvaguarda e o respeito pelo princípio do contraditório. A parte deverá ter a possibilidade de demonstrar que não está em melhores condições probatórias, furtando-se à incidência subjetiva do ónus dinâmico.¹⁵⁰

5. Carácter excepcional

1. A teoria desenvolvida por PEYRANO, tal como desenhada pelo argentino, não pretende substituir a distribuição estática do ónus da prova, antes a distribuição dinâmica aplicar-se-á excepcionalmente no seio da prática judicial. A este respeito, refere o autor “la doctrina de las cargas probatorias dinámicas constituye una flexibilización,

¹⁴⁸ Cfr. JOSÉ BARBERIO, *Qué debe probar el que no puede probar*, Cargas probatórias dinâmicas, 2008, pp. 99-101.

¹⁴⁹ Cfr. PEYRANO *La doctrina...*, (2008), p. 96.

¹⁵⁰ Cfr. JOSÉ BARBERIO, *Qué debe...*, (2008), p. 104.

de aplicación excepcional, de las reglas tradicionales de distribución de carga de la prueba”.^{151 152}

A ser assim, a distribuição clássica mantém-se como regra geral, só que complementada e aperfeiçoada pela flexibilidade conferida pela Teoria.¹⁵³

2. Por outro lado, refira-se que, a distribuição dinâmica do ónus de prova é de aplicação parcial, ou seja, aplicar-se-á apenas aos factos que tenham causado dúvida no espírito do legislador, e que, em relação aos quais, se verifique uma desigualdade das condições probatórias, com oneração prévia e fixa da parte que não detém as supra referidas melhores condições. Donde, sai reforçada a ideia de que a eventual aplicação da Teoria, à partida não visa ou acarreta um completo abandono das regras legais de distribuição do ónus da prova.¹⁵⁴

6. Natureza jurídica

Posto o que se disse, levanta-se-nos uma dúvida: trata-se de uma (re)distribuição do ónus da prova ou de um mecanismo judicial de inversão do ónus da prova? Esta dúvida é tanto mais pertinente, quanto mais autores brasileiros consultemos, pois alguns parecem utilizar indiferentemente as expressões.

JOSÉ BARBERIO observa que a distribuição dinâmica do ónus da prova não se equipara a uma categórica inversão do ónus da prova. O Autor relata que, no florescimento da doutrina da carga dinâmica, houve quem a invocasse (ou a mal entendesse) como uma simples inversão do ónus da prova, mas hoje já se encontra esclarecida essa confusão.¹⁵⁵

¹⁵¹ Traduzimos como: A doutrina do ónus da prova constitui uma flexibilização, de aplicação excepcional, das regras tradicionais de distribuição do ónus da prova.

¹⁵² Cf. PEYRANO, *Lineamientos...*, (2008), cit., p. 13. O mesmo autor reitera várias vezes esta ideia, para que dúvidas não subsistam, nomeadamente cite-se: “Por fin, se vuelve a subrayar la calidad – por ahora, al menos - de la doctrina “de excepción” que debe reconocerse a de las “cargas probatorias dinámicas” pensada por y para dar adecuada solución a causa que, lo contrario recibirían respuestas jurisdiccionales iniquívocamente iniquas. Que entonces no se interprete mal. De lo que trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba qui concurre en pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta “excepcional” que so lo puede funcionar allí donde aquéllas manifestamente operan mal porque fueran elaboradas para supuestos “normales y corrientes” que no son los correspondientes al caso.”

¹⁵³ Vide também INÊS WHITE, *Cargas probatórias...*, (2008), cit., p.60.

¹⁵⁴ Cfr. PEYRANO *La doctrina...*, (2008), p. 87.

¹⁵⁵ Cfr. JOSÉ BARBERIO, *Qué debe...*, (2008), cit., pp. 99-102..

A inversão pressupõe a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra. Já a Teoria não parte de um critério apriorístico para determinar a alteração do ónus da prova, nem da estipulação de uma regra de distribuição prévia, prevista na legislação. Pelo contrário, a aplicação daquela ocorre em momento posterior à instauração da lide, mediante um juízo de discricionariedade do magistrado, que deverá redistribuir o ónus da prova à luz do caso concreto, caso verifique uma maior facilidade de produção da prova por uma parte perante uma maior dificuldade da outra. Por outras palavras, a (re)distribuição, nesse caso, não possui âmbito de aplicação pré-determinado e não se confunde inteiramente com a inversão do ónus da prova, tendo em vista que este não é repassado por inteiro à parte contrária que fica incumbida de complementar a prova no interesse da elucidação dos factos.¹⁵⁶

Em suma, a Teoria distribuí o ónus de forma originária, e não após uma distribuição já realizada pela Lei. Todavia, não nos parece uma separação segura entre as duas figuras, uma vez que, como se verá, consideramos que, pelo menos entre nós, deve existir uma norma habilitadora com determinadas características, que colidem com o que se acabou de explicar.¹⁵⁷

7. Conclusões - Teoria por desenvolver

De acordo com a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cujo precursor, no seu desenho atual, foi o processualista argentino PEYRANO, o ónus probatório deveria ser distribuído não com base na função que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função das *melhores condições probatórias*. Assim, aquele seria atribuído, casuisticamente, única ou partilhadamente, à parte que estivesse numa posição mais facilitada de o demonstrar.

Em abstrato, esta Teoria estimularia a efetiva produção de prova e a procura da verdade material, onerando a parte com maior facilidade probatória, bem como promoveria a igualdade material entre as partes. Isto porque, a parte com maior facilidade probatória poderia demonstrar o facto, ainda que na versão que lhe aproveita,

¹⁵⁶ Vide desenvolvidamente ANA PATRÍCIA LOPES, LOPES, *A distribuição dinâmica do ónus da prova no Processo Civil Português A Prova Diabólica*, Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Minho, sob a orientação da Professora Doutora ELIZABETH FERNANDEZ, 31 de janeiro de 2014, p.163.

¹⁵⁷ Vide Capítulo III, ponto 2.3.3..

e, a parte contrária, apesar de ter menor facilidade em provar, potencialmente teria maiores possibilidades de beneficiar de uma decisão favorável.¹⁵⁸

Todavia a Teoria na sua concepção originária não dá resposta a uma série de questões que, em cada ordenamento, coube à doutrina e jurisprudência teorizar e desenvolver, tendo em vista a adoção e aplicação da mesma. Ou seja, por outras palavras, a Teoria foi pensada abstratamente, pelo que, na prática não explica como operará a sua aplicação - isso foi e será tarefa da comunidade jurídica de cada país que a pretenda importar. Daí que, neste capítulo nos tenhamos cingido à concepção original da Teoria, e com recurso apenas aos seus autores e precursores originários, uma vez que além do que *supra* se disse, são construções doutrina e jurisprudenciais, e que por isso, não permitem descrever e transmitir o seu núcleo duro. Com isto, inevitavelmente, incorremos numa visão simplista da Teoria, hoje largamente densificada em alguns ordenamentos, mas o que perdemos em desenvolvimentos, ganhamos em autenticidade e fidelidade à ideia original. O demais são derivações e correntes daquela, que obviamente assentam nas características e ensejos de cada regime e que, naturalmente, podem induzir e redundar numa falsa discussão e ponderação da Teoria.

8. Ordenamentos jurídicos que a importaram

Aqui chegados, refira-se que a exposição deste ponto tem um objetivo ilustrativo, de modo a conferir mais profundidade ao enunciado da Teoria, bem como uma perspetiva relativa da sua consagração - com o maior rigor que conseguimos -, despretensiosos de querer retirar qualquer conclusão ou proceder a uma análise comparativa entre ordenamentos, porquanto, por muito esforço e aplicação que empreguemos na busca e sistematização da informação, nunca estaremos habilitados a compreender o grau de implementação daquela, porque nos faltará sempre a visão histórica, social e sistemática legal, doutrina e jurisprudencial desse ordenamento.

¹⁵⁸ Adiante, ao longo do ponto 2.3. do Capítulo III, veremos que não consideramos que tal ocorra.

i. Argentina

1. Pareceu-nos oportuno começar pelo ordenamento argentino, uma vez que constitui o berço da Teoria. Contudo, e surpreendentemente, de imediato percebemos que tal Teoria não foi recebida no plano legislativo (nem nos demais) de uma forma homogênea, porquanto não foi adotada em todas as províncias.¹⁵⁹

A Teoria começou por ser utilizada, nos anos 50¹⁶⁰, pelos decisores argentinos, que distribuía o ónus da prova mediante as circunstâncias verificadas no caso concreto, sem que existisse uma norma legal que lhes incumbisse (e habilitasse).¹⁶¹ Progressivamente, a Teoria começou a ser aceite no meio académico, e no XVII Congresso Nacional de Derecho Procesal, de 1993, foi considerada “doctrina ya recibida.”¹⁶² No plano jurisprudencial argentino, a Teoria das cargas probatórias flexíveis, foi progressivamente sendo aplicada nas mais variadas situações, sobretudo em sede de responsabilidade civil por ato médico, matéria de alimentos, responsabilidade bancária, laboral, entre outras.¹⁶³

2. Do ponto de vista da legislação, o Código de Processo Civil e Comercial argentino prevê no seu artigo 377.º uma regra estática da distribuição do ónus de prova¹⁶⁴. No entanto, alguns diplomas legislativos de determinadas províncias¹⁶⁵, como em La Pampa já adotaram a Teoria.

¹⁵⁹ Cfr. SUZANA SANTI CREMASCO, *A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, 2009, p. 69.

¹⁶⁰ INÊS WHITE, *Cargas...*, (2008), cit., p. 71, dá-nos conta de que um aresto da Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 21 de junho de 1957, a propósito de um caso de enriquecimento ilícito de funcionários, refere que é o funcionário quem se encontra em melhores condições de provar que o enriquecimento que obteve foi lícito.

¹⁶¹ PEYRANO, *O Liniamentos...*, (2008), cit., p. 17.

¹⁶² Vide a este respeito, DANIEL DIAS CARNEIRO GUERRA, *Cargas...* (2009), cit., p.27.

¹⁶³ Um acórdão muito conhecido a este respeito, data de 10 de dezembro de 1997, da Corte Suprema de Justicia de la Nación, relator Ana Maria Pinheiro, em sede de responsabilidade civil na sequência de um parto, onde pode ler-se que no tema da *mala praxis* médica, como a maioria dos casos que se referem a situações extremas de muito difícil demonstração, assume uma enorme importância o conceito de distribuição dinâmica da prova ou prova partilhada, que onera quem se encontra em melhores condições de apresentar em juízo.

¹⁶⁴ A repartição do ónus encontramos no artigo 377.º daquele diploma, que sob a epígrafe “Carga de la prueba” estipula que “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de reconocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si lo hecho invocado por alguna de las partes no hubiere sido probado, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.” E, por último transcreve-se o artigo 386.º, sobre a “Apreciación de la prueba” que estipula que “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.”

A ser sim, atente-se no artigo 360.º (Carga de la prueba) do Código Processual Civil e Comercial da Província de la Pampa, que estipula que:

“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a la apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba o ausencia de la colaboración debida, conforme al artículo 368. **Sin perjuicio de ello, tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de arrimar a conocimiento del tribunal, el esclarecimiento de los mismos.**” (negrito nosso)¹⁶⁶

Além da parte geral, refira-se também, a título de exemplo, o art. 829.º (Prueba de pago’) que dispõe: “ (...) cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”,¹⁶⁷ ou o artigo 1619.º (Responsabilidad civil), onde consta que: “Prueba de los factores de atribución (...) si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla.”.¹⁶⁸

169

¹⁶⁵ Neste sentido caminham dois projetos, a saber: o Código da Republica Argentina Unificado de Derecho Civil e Comercial, e o Código de Processo Civil e Comercial da Cidade Autónoma de Buenos Aires.

¹⁶⁶ Traduzimos como: Incumbirá o ónus da prova à parte que afirme a existência de um facto controvertido ou de um precepto jurídico que o juiz ou o tribunal não tenham o dever de conhecer. Cada uma das partes deverá provar o pressuposto de facto da norma ou normas que invocar como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção. A distribuição do ónus da prova não obstará à iniciativa probatória do tribunal nem à apreciação das omissões, deficiências da prova ou ausência da colaboração devida, conforme ao artigo 368. Sem prejuízo disso, terá o ónus de provar os factos, aquele que pelas circunstâncias do caso, se encontre em melhores condições de formar o conhecimento do tribunal, e o esclarecimento dos mesmos.

¹⁶⁷ Traduzimos como: quando as circunstâncias especiais do caso o justificam, o tribunal pode distribuir o ónus da prova do pagamento, ponderando qual das partes está em melhor situação de a produzir.

¹⁶⁸ Traduzimos como: se as circunstâncias especiais do caso o justificarem, o tribunal pode distribuir o ónus da prova de ter atuado com diligência, ponderando qual das partes está em melhor situação para a realizar.

¹⁶⁹ O artigo 80.º, sob a epígrafe “Prueba” dispõe que: “El juez ordenará sin más trámite las diligencias necesarias para que la prueba ofrecida se produzca a la mayor brevedad y citará al litigante contrario o a quien haya de serlo, y al organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, quienes podrán fiscalizarla y ofrecer otras pruebas.”.

ii. Brasil

1. No caso brasileiro também se verificou a aplicação jurisprudencial da Teoria, antes mesmo da consagração legal.¹⁷⁰

Antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil brasileiro, este ordenamento jurídico previa no artigo 333.º a conceção estática de distribuição do ónus da prova, que determinava uma prévia distribuição do encargo probatório, em quase tudo semelhante à nossa¹⁷¹ - cabendo ao autor a prova dos factos constitutivos de seu direito e ao réu os factos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Transcreva-se essa norma:

“O ónus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”.

2. Todavia, ainda que não positivada no Código de Processo Civil, a Teoria já era aplicada pelos Tribunais¹⁷², visando suprir iniquidades em determinados casos. Neste sentido, JOÃO MONTEIRO DE CASTRO escreveu, aquando da reforma do CPC: “a jurisprudência, dando mostras de flexibilizar o entendimento tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que esta objetiva garantir o direito a quem realmente o titule, já agrega esta teoria, que encontra campo no panorama do direito positivo brasileiro, sem, contudo, com ele conflitar”.¹⁷³

¹⁷⁰ Cfr. DANILO MOURA AZEVEDO, *A teoria dinâmica da distribuição do ónus da prova no direito processual civil brasileiro*, ponto 2.1, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18508-18509-1-PB.pdf>, transpõe e analisa vários acórdãos nacionais, a este respeito.

¹⁷¹ A nossa não utiliza as expressões autor e réu, como se viu no Capítulo I, Secção I, ponto 2.2..

¹⁷² TESHEINER, *Ónus da prova*, Estudos de Direito Processual Civil Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Araújo, 2006, p. 364, dá os seguintes exemplos “com efeito, em 18.06.1996, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 69309/SC, do relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar sobre a responsabilidade civil médica, mencionou não violar as regras sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examinasse o conjunto probatório e concluísse pela comprovação da culpa dos réus. Outrossim, em decisões mais recentes, o acórdão proferido na Apelação Cível nº70013361043 do relator Artur Arnildo Ludwig, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 21.12.2006, atestou a responsabilidade do provedor de acesso à internet, em relação a anúncio inverídico ofensivo da honra do autor, pois que tinha este as melhores condições para provar o facto discutido no caso concreto, sendo expressamente aplicada a Teoria da Carga Dinâmica do Ónus da Prova”.

¹⁷³ JOÃO MONTEIRO DE CASTRO, *Responsabilidade civil do médico*, 2005, p.190.

3. A este respeito, várias vozes¹⁷⁴ se levantaram para defender a compatibilização da Teoria com a Constituição Federal brasileira, nomeadamente no confronto com os princípios constitucionais do acesso à justiça (artigo 5.º XXXV), do devido processo legal (art. 5.º LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º LIV). Todavia, não era apenas a Constituição que sustentaria a aplicação desta Teoria no direito brasileiro. A *isonomia*¹⁷⁵ está também prevista expressamente no artigo 125º, inciso I do Código de Processo Civil brasileiro¹⁷⁶, e, a ser assim, quando a aplicação do artigo 333º do mesmo diploma se mostrasse ineficiente para assegurar às partes a igualdade na produção da prova, o artigo 125º poderia ser aplicado para corroborar a distribuição dinâmica do ónus da prova.

DIDIER apontava outros artigos do Código de Processo Civil que corroborariam também a distribuição dinâmica do ónus da prova, como os artigos 14.º, 16.º, 17.º, 18.º e 125.º, III, que tratam da lealdade, boa fé e veracidade processual; e os artigos 339.º, 340.º, 342.º, 345.º e 355.º, que tratam da cooperação das partes com o magistrado, na elucidação dos factos controvertidos. Paralelamente, também defendia que poderia resultar da interpretação sistemática dos artigos 333.º, parágrafo único, inciso II, 130.º¹⁷⁷ e 339.º¹⁷⁸ todos do CPC.¹⁷⁹

Em suma, entendia-se que a dinamização do ónus da prova poderia ser aplicada, ainda que não tivesse positivação expressa, mediante a aplicação supletiva dos preceitos constitucionais e processuais acima indicados. A ser assim, tendo em vista a aplicação da Teoria a norma contida no artigo 333.º do Código de Processo Civil não deveria ser lida isoladamente, mas sim através de uma interpretação sistemática da legislação.¹⁸⁰

4. Não obstante aquela interpretação sistemática de preceitos, que possibilitava a aplicação supletiva da Teoria, costuma apontar-se que foi no Código de Defesa do

¹⁷⁴ Vide v.g. ELIZABETH DE CASTRO LOPES e JOÃO BATISTA LOPES, *Prova no direito processual civil*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

¹⁷⁵ Expressão brasileira que traduz a decorrência do princípio da igualdade.

¹⁷⁶ Que prevê a obrigação de assegurar às partes uma igualdade de tratamento - garantia que deve envolver não só a igualdade formal, nos termos da lei, como também a material.

¹⁷⁷ O artigo 130.º preceitua que caberá ao juiz, oficiosamente ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹⁷⁸ O artigo 339.º prevê que ninguém se exime do dever de colaborar com o poder judiciário para o descobrimento da verdade.

¹⁷⁹ Cfr. FREDIE, Didier Junior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL, *Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, v. 2, 2ª ed., 2008, pp. 62 e segs.

¹⁸⁰ Neste sentido vide também FLAVIA PEREIRA RIBEIRO, *A carga dinâmica das provas*, 2011, PUC.

Consumidor (CDC) - Lei 8.078/1990 - que a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova recebe pela primeira vez consagração legal expressa, naquele país.¹⁸¹

Todavia como ensinam alguns autores¹⁸², existe uma diferença entre a Teoria e a figura contemplada no CDC. Esta última consiste numa situação de inversão e não numa distribuição dinâmica, porquanto aqui o magistrado limita-se a verificar se estão observados os requisitos da inversão e, se sim, diligencia por operá-la.

Assim, o artigo 6.º, inciso VIII, do CDC¹⁸³, que encerra uma *inversão ope iudicis/jurisdicional* conferiu ao juiz a possibilidade de aplicar um critério diferente do previsto no artigo 333.º do CPC, quando verificar a *hipossuficiência* do consumidor na produção da prova.¹⁸⁴ E, o segundo caso de inversão das regras de distribuição do ónus da prova encontra-se previsto no artigo 38.º do CDS, que consagra uma *inversão ope legis/legal*, e é relativo a publicidade enganosa.

5. Mercê da mencionada antecipação jurisprudencial, o Projeto de Lei n.º 8046/2010 para o novo Código de Processo Civil versou sobre esta matéria no seu artigo 357.º e 358.º. Assim, o artigo 357.º dispunha que:

“O ónus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”.

Em harmonia com o disposto no art.357.º, o artigo 358.º, conferindo a possibilidade de distribuição do ónus da prova a critério do julgador, prescrevia:

“Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ónus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.“.

¹⁸¹ Por vezes apontado como o marco inicial de legalização expressa da Teoria, no Brasil, pelo que, desde 1990 que tal instituto integraria este ordenamento jurídico.

¹⁸² V.g. MARIANA AMARO TEODORO, *Breves...* (2016), cit., p.1045., e ARNALDO SAPALO, *A prova...* (data desconhecida), cit., p. 9.

¹⁸³ “São direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ónus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (...).”.

¹⁸⁴ THIAGO AZEVEDO GUILHERME, *Considerações sobre a flexibilização do ónus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil*, 2010, pp. 173-175.

6. Os dispositivos daquele anteprojeto sofreram várias alterações, e, atualmente, é o art. 373.º (sucessor do então vigente 333.º), que regula aquela matéria, e prevê que:

“O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.(...)”¹⁸⁵

(negrito nosso)

iii. Espanha

O primeiro anteprojeto da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola (LEC) - Lei 1/2000 -, consagrou regras estáticas de distribuição da prova. Todavia, na senda da discussão sobre a necessidade de flexibilizar esta matéria, inúmeras críticas se apontaram aquele anteprojeto, tendo levado o legislador a apresentar o Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.¹⁸⁶

À semelhança da Argentina e do Brasil, também em Espanha, os juízes espanhóis há anos que flexibilizavam as regras de repartição do ônus da prova,

¹⁸⁵ E em sede de saneamento, de acordo com o art. 357.º “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373º; (...)”.

¹⁸⁶ Onde pode ler-se “ (...) Sin embargo, demás de lo que se destaca en el apartado anterior, el percepto sigue siendo una mera expresión del clásico aforismo ei incumbit probatio qui affirmat, non qui negat, sin que se incluyan en él los aspectos más relevantes de la carga de la prueba, de la lealtad y buena fé procesal, de la distribución de la carga en función de la proximidad o dominio del hecho por casa una de las partes. ”.

utilizando um critério de disponibilidade e facilidade, atribuindo o ónus, de acordo com a proximidade das partes em relação aos meios de prova – referindo-se à regra ou princípio da facilidade da prova.^{187 188}

Assim, em Espanha, a Teoria foi adotada - ainda que a designem de outra forma -, no direito positivo daquele país, no n.º 7 do artigo 217.º da LEC (“Carga de la prueba”), num capítulo que regula a sentença, e cujo preceito dispõe o seguinte:

“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”^{189 190}

Resumidamente o artigo 217.º nos n.ºs 1, 2 e 3 distribuí os ónus probatórios, à semelhança do previsto no nosso CPC; por seu turno, os n.ºs 4 e 5 estabelecem critérios diferentes de distribuição por se reconhecer (antecipadamente) que naquelas matérias existe dificuldade séria, e neste caso atribuiu-se o ónus de prova ao demandado. Por último, o n.º 7 daquele preceito permite ao julgador casuisticamente atentar à disponibilidade e facilidade probatória de cada parte, na aplicação da distribuição ali prevista – é neste que reside a adoção da Teoria.¹⁹¹

Em suma, foi reformulado o mencionado projeto de lei para que se incluísse expressamente a possibilidade de flexibilização do ónus da prova, através da Teoria.¹⁹²

¹⁸⁷ Vide. ac. do Tribunal Supremo argentino de 24-01-1996, relator CARLOS BENAYAS, e de 20-03-1987, relator ANTÓNIO PEREZ.

¹⁸⁸ Cfr. PEYRANO, Marcos. L., *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante ley de enjuiciamiento civil española (ley 1/2000)*, 2004, pp. 179-193.

¹⁸⁹ Traduzimos como: para a aplicação do disposto nos números anteriores deste artigo o tribunal deverá ter presente a disponibilidade e facilidade probatória de cada uma das partes do litígio.”

¹⁹⁰ O resto do artigo prevê: “1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

¹⁹¹ Cfr. VALENTIM CÓRTEZ DOMINGUES et al, *Derecho Procesal*, 2015, p. 258.

¹⁹² PEYRANO, MARCOS. L., *La teoría...* (2004), cit., p. 188.

iv. Conclusões

Em todos os ordenamentos, sucintamente analisados, a Teoria foi primeiramente recebida por via jurisprudencial. Os magistrados, sem norma habilitante expressa, procediam, no caso concreto, a uma distribuição do ónus probatório distinta da consagrada na legislação vigente naquele ordenamento.

Em todos aqueles, verificou-se que, o movimento jurisprudencial deu lugar à consagração legal da Teoria, ainda que com redações distintas. Quanto às diferenças na redação das normas que a consagram, não é de estranhar, porquanto, como se disse, a Teoria foi concebida em abstrato - v.g. repare-se que a Teoria é aplicada naqueles ordenamentos em momentos processuais diversos.

Adiante estas conclusões vão nos permitir sustentar outras, quanto ao caso português.

CAPÍTULO III

PONDERAÇÃO DA IMPORTAÇÃO DA TEORIA PARA ALCANÇAR A FLEXIBILIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NO PROCESSO DECLARATIVO CIVIL PORTUGUÊS

1. Razão de ordem

Chegados a este ponto da exposição, impõe-se referir que consideramos que, para testar a potencialidade da Teoria, que acabámos de desenvolver, solucionar o problema jurídico apresentado, não bastará uma breve contextualização, seguida de uma análise individualizada das regras sobre o ónus da prova, previstas na primeira secção do segundo capítulo do Código Civil. E o mesmo se diga das considerações de direito comparado, que levámos a cabo quando nos dedicámos à receção da Teoria por outros ordenamentos jurídicos.

Entendemos que é necessário fazer um excuro pelo regime probatório português para respondermos com propriedade à pergunta por nós formulada: pode e deve o ordenamento jurídico português consagrar a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, tendo em vista a adoção de uma solução complementar às normas previstas no Código Civil, que confira maior flexibilização àquelas, para acautelar os casos de comprovada dificuldade ou impossibilidade, objetiva e subjetiva, de produção da prova?

No fundo trata-se de prestar uma resposta fundamentada àquela pergunta, porquanto é imperativo ter presente na resposta, por um lado, porque foram adotadas aquelas normas, que tipo de normas são aquelas, que princípios orientam e limitam aquelas regras, em que momento processual são convocadas, como são analisadas processualmente; e, por outro, que poderes de cognição tem o juiz, em que sentido caminha o NCPC, e o que tem sido feito em nome da flexibilização.

Só convocando todos estes aspetos para a ponderação estaremos em condições de analisar criticamente a Teoria e dar resposta à referida pergunta.

2. Ponderação da Teoria

Começemos por analisar criticamente a Teoria, para depois refletirmos se a mesma resolveria o problema jurídico enunciado, caso fosse adotada no processo declarativo português.

2.1. Virtualidades

A regra geral de distribuição do ónus da prova prevista no CC é fruto da pretensão racionalista do ideal liberal de conformar a realidade à lei. Ora, uma vez superada a visão liberal do processo civil¹⁹³, aquela distribuição deveria ser complementada, de modo a adequar-se à nova conceção processual. Assim, a distribuição vigente, dita estática, que se funda numa lógica indiscutível, potencializar-se-ia se complementada com outra que permitisse observar a complexidade dos factos probatórios da realidade jurídica contemporânea.

A Teoria acalenta a ideia de que a jurisprudência tem o condão de oferecer maior contributo para cumprir o fim do direito. E, de facto, é tentador conjeturarmos a adoção de um mecanismo que permita resolver casuisticamente qualquer dificuldade de realização da prova (objetiva ou subjetiva) que surja. Mais, oferecendo uma resposta a todos os desafios probatórios que se venham a colocar, através de uma solução eterna e permanentemente atualizada. Por outras palavras, uma solução que permite um imediato acompanhamento dos desafios pelo Direito - tal como reclama o atual direito processual.

Contudo, cumpre iniciar a nossa ponderação pela indagação se haverá espaço no nosso processo civil declarativo para, a par da repartição legal e convencional, operar uma repartição judicial.

¹⁹³ Para um estudo desenvolvido *vide* ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, *Direito processual civil do antigo ao novo código*, 1998, pp. 297 e seg.s..

2.2. Estado da receção da Teoria

2.2.1. Falta de previsão legal e interesse legislativo

1. Da análise do regime legal, que levámos a cabo no primeiro capítulo, resultou evidente que o legislador estabeleceu critérios gerais, especiais e excepcionais, fixos e apriorísticos de distribuição do ónus da prova. Donde, na falta de norma habilitadora expressa, aos Tribunais está vedada a possibilidade de alteração daqueles.

2. Em Portugal, relembre-se que, só há distribuição casuística do ónus da prova pelo juiz, em consequência da violação culposa do princípio da cooperação pela parte não onerada com a prova – art. 344.º n.º 2, primeira parte do CC. O que por outras palavras equivale a dizer que, o nosso ordenamento não admite a distribuição judicial em casos de prova objetivamente difícil ou impossível, nem tão pouco quando apenas o é para o sujeito onerado (dificuldade subjetiva). Tal sucede apenas em situações em que a prova de um facto se tornou muito difícil ou impossível pela concorrência de um comportamento culposo da parte não onerada – o que evidencia uma opção de natureza claramente sancionatória.¹⁹⁴

Na nossa modesta opinião consideramos que não existe previsão, nem suporte legal¹⁹⁵ para aplicação da Teoria. Ao contrário do que sucede no ordenamento argentino, brasileiro e espanhol, esta Teoria não corresponde a uma possibilidade implícita do nosso ordenamento processual. Ou seja, que mesmo sem consagração legal expressa, os tribunais possam aplicar, por via de interpretação sistemática ou qualquer outra técnica.¹⁹⁶

Não existem pistas no nosso processo, que habilitem o juiz a desconsiderar as normas do CC que estudámos. Até porque em casos de dúvida aplica-se, conforme a dúvida, o disposto nos art.ºs 342.º n.º 3 do CC e 414.º do CPC. E, como adiante se verá, tal prerrogativa também não tem cobertura legal, através das normas que consagram o princípio do inquisitório, o dever de gestão processual ou adequação formal.¹⁹⁷

¹⁹⁴ ELIZABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., pp. 830-831.

¹⁹⁵ Existe em Portugal, dois mestres que defendem o contrário. A este respeito *vide* ponto 2.2.2. deste capítulo.

¹⁹⁶ Em sentido contrário, *vide* MICAEL MARTINS TEIXEIRA, *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Mariana França Gouveia, 2012, pp. 68 e seg.s..

¹⁹⁷ *Vide* ponto 2.3.6., deste capítulo.

Em suma, consideramos seguro afirmar que não existe possibilidade legal do juiz alterar o regime de distribuição do ónus da prova que estudámos no capítulo I.

3. A evolução legislativa entre nós foi sempre no sentido da não adoção da Teoria.¹⁹⁸

A este respeito, o NCPC aliou à falta de previsão legal, a inexistência de interesse legislativo na sua consagração, porquanto nem sequer se verifica essa intenção nos trabalhos preparatórios deste novo código.

O NCPC, que em geral, prima pelo reforço e concentração de mais faculdades no juiz, nada alterou no tocante à distribuição do ónus de prova. E não conseguimos vislumbrar melhor altura do que uma reforma ao CPC para o fazer, se fosse essa a intenção do legislador. Isto porque, perante o debate atual entre os mais ilustres internacionais processualistas acerca da Teoria, a adoção da mesma por ordenamentos próximos do nosso, e no âmbito de uma reforma do CPC português, o legislador não logrou introduzir qualquer alteração à repartição do ónus da prova no processo declarativo.

Por último, pelo que se disse no parágrafo anterior, não nos parece plausível defender que o legislador português nem equacionou a questão, antes acreditamos que, não foi sua intenção adotar tal Teoria.

2.2.2. Escassez de interesse e apoio doutrinal

1. Antecipe-se que escassa é a doutrina portuguesa que se dedicou ao estudo da Teoria – ou que a tenha sequer abordado.

Dentre os poucos que o fizeram, apenas HUGO LUZ DOS SANTOS defende a sua aplicação, embora sem demonstrar como a mesma deveria ser implementada em Portugal, limitando-se a acolher a sua virtualidade no caso jurisprudencial que analisou, sem a desenvolver.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Veja-se sobre este assunto RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., rodapé, pp. 138-139.

¹⁹⁹ HUGO LUZ DOS SANTOS, *Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?*. Revista Eletrónica de Direito, abril de 2014, pp.24-26.

2 Numa posição mais extremista, ELISABETH FERNANDES rejeita a Teoria, tendo escrito que de *iure constituto* prefere que face às descritas dificuldades probatórias e à proibição de *non liquet*, os Tribunais possam admitir uma atenuação do grau de prova exigível ao onerado.^{200 201}

Numa linha mais ponderada, a magistrada BELEZA PRAZERES, começa por reconhecer à Teoria várias vantagens, para depois lhe apontar duras críticas, e no fim, não aderir à mesma.²⁰²

3. Paralelamente, encontramos casos de autores que embora não escrevam diretamente sobre a Teoria, verifica-se nos argumentos destes a rejeição dos pressupostos daquela. É o caso paradigmático de RUI RANGEL, que rejeita indiretamente a Teoria quando afirma que o “poder de distribuir o ónus da prova segundo o prudente arbítrio não iria solucionar a “pecha” de ausência de um princípio geral que nos forneça em todos os casos a solução do problema e abriria, seguramente, as portas para que os litigantes facilmente acusassem o juiz de falta de imparcialidade e de isenção na distribuição do ónus da prova de acordo com os factos carreados para o processo.”.²⁰³ No mesmo sentido, andou PEDRO MÚRIAS.²⁰⁴

4. Ainda entre nós, e em sinal aparentemente contrário, de quatro dissertações que encontrámos sobre a presente temática, dois dos mestres, a ANA PATRÍCIA LOPES²⁰⁵ e o MICAEL MARTINS TEIXEIRA²⁰⁶ defendem declaradamente a sua importação.

²⁰⁰ ELISABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., pp. 831-832.

²⁰¹ No capítulo III, ponto 3.1.2..

²⁰² PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., p. 13.

²⁰³ RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 138, refere que tal possibilidade “comportava o risco de envolver directamente o juiz nos factos e poderia atenuar o risco em que incorreria a parte onerada com a prova que resultasse dessa obrigação oficiosa.”. Concluindo que “deixava de se poder falar na existência de um ónus ou faculdade que resulta de uma actividade voluntária da parte em causa, para se falar numa obrigação resultante de uma ordem jurisdicional, o que não se encaixa na filosofia e na natureza deste instituto de prova.”.

²⁰⁴ Cfr. PEDRO MÚRIAS, *Por uma...*(2000), cit., p.68.

²⁰⁵ ANA PATRÍCIA LOPES LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit., p.161.

²⁰⁶ MICAEL MARTINS TEIXEIRA, *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova, em julho de 2012, pp.74 e seg.s.

2.2.3. Falta de iniciativa jurisprudencial

1. Na jurisprudência nacional, encontramos apenas dois acórdãos que mencionam a Teoria. Curiosamente ambos são de apelação, e do ano de 2014.

2. O primeiro, do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-03-2014, processo n.º 8493/03.8TVLSB.L1-6, relatora ANA DE AZEREDO COELHO, cuja questão vertente é saber a quem cabe o ónus de prova da entrega do exemplar de um contrato de crédito ao consumo, na parte destinada à fundamentação refere que “(...) estes Autores (Jorge Morais de Carvalho e Micael Teixeira) defendem que o ónus da prova da entrega do exemplar cabe ao predisponente do clausulado geral do contrato de crédito ao consumo, aventando, embora dubitativamente, à falta de norma habilitante, uma solução de distribuição dinâmica do ónus da prova ou a redução teleológica da previsão da norma geral do artigo 342.º (...)” para no parágrafo imediatamente seguinte afirmar “(...) embora entendamos que a natureza do facto entrega do exemplar permite aquela distribuição do ónus da prova pela regra geral, não duvidamos de que, a não se entender assim, deve sempre operar-se a redução teleológica mencionada.”.

O juiz não utilizou a distribuição dinâmica, até porque resulta do acórdão que a solução resulta da aplicação da regra geral do artigo 342.º do CC, cabendo à autora (instituição bancária) a prova da entrega do exemplar, porquanto se trata de um facto constitutivo da sua pretensão de cumprimento dos deveres de informação, numa ação onde é contra ela é alegada a omissão desses deveres.

3. O segundo acórdão, do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-11-2014, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1, relator JORGE ARCANJO, que se debruçou sobre uma questão de responsabilidade médica, refere expressamente no final do ponto 2.6 da fundamentação que “(...) noutra perspetiva, sustenta-se que o ónus da prova incide sobre o médico ou a instituição de saúde, argumentando-se, em síntese, que o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de exceção, como facto impeditivo (art. 342º, nº 2 do CC), com o princípio da “distribuição dinâmica da prova”, a influência do direito comparado (cfr. André Dias Pereira (...)).”. Esta passagem surge na confrontação das duas teses possíveis, a saber: na primeira o ónus recaía sobre o paciente; nesta da passagem transcrita, recairia sobre o médico ou instituição que aquele integre. Até aqui

parece-nos normal, porquanto se limita a enunciar os caminhos possíveis, com a inovação de convocar um autor que enuncia a Teoria. Contudo, na síntese conclusiva (2.7, n.º 4.) refere o “ónus da prova do consentimento e da prestação da informação incide sobre o médico ou a instituição de saúde, porque o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de exceção, como facto impeditivo (art. 342, n.º 2 do Código Civil), devendo atender-se ainda ao princípio da “distribuição dinâmica da prova”.”. E assim, sem desenvolver a Teoria, limitando-se a referir àquela como princípio, decide julgar improcedente a apelação.

4. Ora, antes de mais, refira-se que encontrámos apenas dois acórdãos que versem sobre a Teoria, e tendo em conta o universo de jurisprudência nacional, aquele número é muito reduzido. Parece-nos que, se trata de um tema praticamente não trabalhado pela jurisprudência. Contudo, o facto de encontrarmos dois acórdãos, ainda para mais relativamente recentes, denota que a temática é do conhecimento da magistratura, o que é auspicioso – mas tal funciona inclusive contra a adoção da Teoria.

Por outro lado, estes dois acórdãos são parcos no tratamento da Teoria. Como vimos, no primeiro faz-se uma referência à Teoria, para em seguida não a adotar; e, no segundo, fazem-se duas, para se referir a ela como um princípio, sem mais. Atentemos sobretudo no segundo, pelo que se acabou de dizer.

Com o devido respeito, a Teoria não configura juridicamente um princípio, muito menos entre nós, de tal modo que justificasse o relator mencioná-lo, sem sequer o desenvolver numa linha que fosse.

Em suma, não se pense que em Portugal, porque se verificam estas duas abordagens jurisprudenciais, que estamos perante situações de importação jurisprudencial, como as que ocorreram na Argentina, Brasil ou Espanha.²⁰⁷ Pelo contrário, somos da opinião, que apenas com base na jurisprudência atual, não existe receção da Teoria, embora se possa argumentar que se trata do início do seu afloramento – mas ainda assim achamos que não há pistas suficientes que o revelem.

Até pelo que se concluiu²⁰⁸ acerca da falta de tratamento jurisprudencial da questão da prova diabólica.

²⁰⁷ Tal como vimos que sucedeu no ponto 5., do capítulo anterior.

²⁰⁸ Na secção II, do primeiro capítulo, ponto 1.1..

Uma última nota para mencionar que adiante²⁰⁹ analisaremos um acórdão do STJ sobre *homebanking*, porquanto há quem considere na doutrina, que o mesmo reclama uma distribuição dinâmica do ónus da prova.

2.3. Dificuldades

2.3.1. Dificuldade terminológica

Começemos por um argumento, que nos parece até mesquinho.

Em termos conceituais, não se trata de uma teoria “dinâmica”²¹⁰, pois esse termo pressupõe uma não fixação e consolidação, convocando uma ideia de colocação em movimento e melhoramento constante. Logo, parece errado dizer-se “dinâmica”, antes a distribuição devia ser apelidada de casuística ou flexível. A não ser que, o adjetivo tenha um sentido mais profundo, no sentido de que o juiz, ao longo do processo e perante dados concretos, possa modificar uma qualquer decisão de distribuição do ónus (alteração *intra* processual de decisões), a qualquer momento, e várias vezes.

Ora, sabendo nós, que não é disso que se trata, mantém-se a pertinência da nossa modesta crítica.

2.3.2. Dificuldade objetiva

A dificuldade mais imediata que podemos apontar à Teoria é que esta não logra resolver as situações de dificuldade probatória objetiva. Isto é, a dificuldade de realizar prova, que se verifica independentemente do sujeito onerado, resultante da própria natureza do facto a provar. Assim, em princípio, a prova deste tipo de factos apresenta dificuldades para todos os litigantes (ou, pelo menos, para o *homem-médio*).

Como se disse no capítulo anterior²¹¹, a Teoria não dá resposta a estas situações, pois nestes casos não haverá, em princípio, uma parte com *melhores condições probatórias*.

²⁰⁹ Vide 3.2.4.3. deste capítulo. Trataremos adiante, porque consideramos inútil fazê-lo aqui, uma vez que o mencionado acórdão não faz uma única referência à Teoria, e como se verá, em nada a reclama.

²¹⁰ Segundo o dicionário português, trata-se de um substantivo feminino, que visa o desenvolvimento ou o progresso de algo.

²¹¹ Vide ponto 2.2..

2.3.3. Dificuldades na redação da norma habilitante

1. Entre nós, a mestre ANA PATRÍCIA LOPES propõe a seguinte norma para o art. 342.º do CC: “Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, sempre que da aplicação das regras precedentes se verificar pelos elementos constantes do caso concreto que, por razões técnicas, científicas, tecnológicas, culturais, ou outras, se constate um resultado que atente contra os princípios constitucionais vigentes, pode o Juiz, por sua iniciativa ou a requerimento, redistribuir o ónus da prova, desde que as partes sejam devidamente advertidas.”²¹²

Como já referimos, a aplicação desta Teoria pressupõe a adoção de uma norma legal habilitante, pois de outro modo não concebemos a hipótese de aplicação daquela no nosso processo (art. 203.º da CRP). Todavia, a elaboração de tal norma parece-nos que encerra uma enorme dificuldade na escolha da sua redação, por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porquanto a sua letra deve garantir a transparência, imparcialidade²¹³ e sindicabilidade, evitando a arbitrariedade do julgador. A ser assim, teriam de se estabelecer critérios objetivos, esclarecedores e bastantes para a modificação da distribuição do ónus de prova, de modo a orientar o julgador (e permitir o seu controlo) nessa nova tarefa.²¹⁴

Isto porque, a Teoria, ainda que procure condicionar a atividade do julgador a determinados parâmetros legais que a balizem, cria um novo espaço de discricionariedade. Ora, o julgador colocado nesta situação seria envolvido diretamente nos factos, como ensina RUI RANGEL.²¹⁵ E, a este respeito, o argumento dos defensores desta Teoria a esta constatação - de que não se trata de discricionariedade,

²¹² Cfr. ANA PATRÍCIA LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit., p. 159.

²¹³ Um dos mais consagrados limites à função jurisdicional do nosso ordenamento, corresponde precisamente em evitar que o decisor se “apaixone” pela causa. O que claramente é possibilitado ao julgador, nesta Teoria, pela falta de critérios objetivos. A este respeito, vejam-se as soluções legais até hoje adotadas nos outros sistemas jurídicos, que acolheram a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, no direito comparado supra analisado – ponto 5, do capítulo anterior.

²¹⁴ E nem configuramos a possibilidade de se argumentar que se trata de uma manifestação do princípio da adequação, nem tão pouco do dever de gestão processual, conforme explicamos desenvolvidamente adiante em 2.3.6..

²¹⁵ Cfr. RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 138.

nem de tornar o juiz *pró-ativo*, e de que, uma vez prevista a norma habilitante, tornar-se-ia um dever do julgador -, não pode convencer.²¹⁶

Razões de imparcialidade, transparência e sindicabilidade militam neste sentido.

Imparcialidade porque é necessário garantir que o aplicador do direito não se incline por nenhuma das partes, antes se apresente perante ambas sem qualquer intuito de prejudicá-las ou favorecê-las²¹⁷, o que é quase um contrassenso, porquanto é imposto àquele que (hipoteticamente) antes de decidir, e, conseqüentemente, ter uma dúvida sobre a verificação de um facto controvertido - antecipando a nossa crítica acerca do momento processual para aplicação da Teoria²¹⁸ - determine qual a parte que terá *melhores condições probatórias*.

Por outro lado, tal é difícilimo de sindicalizar, ainda que se exija transparência, através do dever de fundamentação dos atos do julgador. É que se é certo que, o juiz, na aceção moderna, é “livre das amarras da neutralidade liberal”, não podendo ser indiferente à atividade probatória das partes, nomeadamente competindo-lhe incentivá-las a apresentar as provas, também o é que, em sede de recurso, apenas nos apertados termos do art. 630.º n.º 2 do NCP, poderiam as partes recorrer da decisão que aplicasse a Teoria.

Mais, impõe-se referir que, tal como se concluiu no ponto 4, do capítulo anterior, a Teoria foi desenhada de forma abstrata, e coube aos vários ordenamentos que a importam a teorização sobre os seus critérios e limites, tendo em vista a sua consagração e aplicabilidade. Assim, quais os critérios para adotar a Teoria em Portugal, nomeadamente que respeitem o que se disse no ponto anterior? Deve exigir-se a verosimilhança do facto alegado? Deve depender de requerimento? Deve a dificuldade não ter sido criada pela própria parte? Deve exigir-se que a parte onerada fique em melhor posição do que se tivesse realizado a prova?

Como se disse, a Teoria na sua conceção originária não responde a estas questões, pelo que, caberá a cada ordenamento que a pretenda aplicar, determinar os seus contornos.

Sucedem porém que, tal como se compreenderá, os critérios que *supra* se falou são invalidadores do objetivo primário desta Teoria: adequação ao caso concreto. Aliás

²¹⁶ Vide ANA PATRÍCIA LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit., pp. 82-85.

²¹⁷ A este respeito, veja-se NUNO PINTO OLIVEIRA, *Tópicos sobre o ónus da prova*, Revista jurídica da Universidade de Santiago, ano 2, n.º 2, jan/dez, 2014, p. 421.

²¹⁸ Vide ponto seguinte (capítulo III, ponto 2.3.4.).

nestes casos entende-se que se trata de inversão do ónus da prova e não de distribuição judicial do mesmo.²¹⁹

2. Paralelamente, a respeito da ponderação da possível redação da solução legal que contemplasse esta Teoria no nosso ordenamento, levantam-se dúvidas de hermenêutica. Isto porque, o recurso a conceitos jurídicos indeterminados reconduziria a problemas interpretativos e incorreria em riscos de alargamento do campo de aplicação, o que não pode suceder atenta a natureza excepcional; o recurso a uma enumeração taxativa, por sua vez, levaria a um estrangulamento do propósito maior da Teoria – a aplicação casuística (e que, aliás, nestes casos, é entendida como inversão e não como distribuição²²⁰); e, o recurso a uma enumeração exemplificativa seria incompatível com a natureza excepcional desta teoria.

A este respeito, a mestre ANA PATRÍCIA LOPES defende que “para que o juiz possa ponderar redistribuir o ónus da prova têm de estar preenchidas duas condições: a existência de prova diabólica e que a parte *que a priori* não estava encarregada de provar, possua no caso concreto, claramente, melhores condições para fazê-lo, em razão da dificuldade de produzir a prova ocasionada por fatores externos ao processo (técnicos, científicos, tecnológicos, culturais) pela parte que inicialmente se encontrava onerada pelo ónus da prova.”²²¹ Verifica-se que esta posição, além de incorrer em dois dos três entraves que acabamos de referir, a primeira destas duas condições nem tem expressão na norma proposta pela mesma mestre, e a outra só muito dificilmente poderíamos afirmar que estava contemplada - em evidência da dificuldade que aqui retratamos.

3. Em suma, na hipótese de se contemplar tal Teoria, não se pode descurar, nem a adoção de uma solução legal que a preveja, nem igualmente critérios que a norteiem, pelo que, parece-nos que há aqui uma impossibilidade de conciliação das dificuldades na conceção da norma habilitante da Teoria com os objetivos da mesma.

²¹⁹ Já abordamos este assunto no ponto 3, do capítulo anterior.

²²⁰ Já abordamos este assunto no ponto 3, do capítulo anterior.

²²¹ ANA PATRÍCIA LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit., p. 159.

2.3.4. Dificuldade na determinação do momento processual

1. Atentando ao caráter dinâmico da Teoria, impõe-se determinar – até para fazer cumprir os princípios que a própria se propõe prosseguir – o momento de aplicação desta ou o limite temporal para a sua aplicação, sob pena de preclusão.

2. De acordo com o que se disse *supra* sobre a Teoria, o juiz potencialmente poderia obter a ilação da necessidade da aplicação daquela, logo no início da fase probatória, aquando da verificação de uma das seguintes circunstâncias: a parte desempenhou um papel preponderante no facto, que deu origem à controvérsia; a parte possui coisas ou documentos essenciais à instrução do processo; ser apenas aquela parte, a única que detém a prova sobre o facto controvertido; ou, por aspetos técnicos, profissionais ou jurídicos que uma parte detenha no caso concreto.

A este respeito, a doutrina estrangeira divide-se quanto ao momento para a aplicação da Teoria, com base na discussão sobre se as regras do ónus da prova configuram regras de decisão ou de conduta. Uma primeira corrente, entende que a mesma deve aplicar-se no momento da prolação da sentença, por se tratar de regras de julgamento, dirigidas ao juiz, pelo que, este as utilizará no momento de tomar a sua decisão; e, existe uma outra corrente, que entende que deve ser no momento do saneamento do processo, com a abertura da fase probatória, por se tratar de regras de procedimento, logo dirigidas às partes.

A título de exemplo, DIDIER²²² defende que o juiz deve definir os pontos controvertidos na fase de saneamento, e naquela ocasião manifestar-se sobre a atribuição do encargo probatório e convocar a Teoria, sob pena de violar o princípio do contraditório assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal brasileira; e em sentido contrário, ANTÓNIO DANILO MOURA AZEVEDO²²³ defende tratar-se de regras de julgamento. Existe ainda posições mais extremistas, como a de AIRASCA, que defende que uma adoção “exímia” da Teoria pressupõe que não se determine aprioristicamente quando a mesma deverá ser aplicada, porque “o material fático do processo e todos os processos são variáveis, distintos, e contêm complexidades próprias.”^{224 225}

²²² Cfr. DIDIER, et al, *Curso...*, (2008), cit., p. 125.

²²³ Cfr. ANTÓNIO DANILO MOURA AZEVEDO, *A teoria...*, (desconhecida), cit., ponto 1.7.

²²⁴ Cfr. AIRASCA, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, Cargas probatorias dinámicas, 2008.p.151.

3. De facto, nos sistemas em que o princípio do inquisitório surge como fator mitigante do princípio do dispositivo, o ónus da prova, tomado pelo conjunto de regras que determinam a sua distribuição apresenta-se, sobretudo, como um conjunto de normas de decisão, ou, *ex his verbis*, verdadeiras regras de julgamento.²²⁶

Pelo contrário, nos sistemas dominados pelo princípio do dispositivo, em que ganha expressão máxima a componente subjetiva da produção da prova²²⁷, o ónus da prova aparece como regra de conduta. Isto porque define a atuação das partes durante a instrução, designadamente a conduta probatória daquelas. Ou seja, o que terão de alegar e provar em juízo, e qual será o âmbito de atuação do tribunal, delimitando o campo de conhecimento oficioso.

A ser assim, as normas sobre o ónus de prova, em sistemas como o português configuram normas de decisão para o julgador. Embora (e ao mesmo tempo) influenciem o comportamento das partes que, não pretendem incorrer no risco de obter uma decisão desfavorável²²⁸, nos casos em que haja lugar à sua aplicação²²⁹. Aquelas só apresentam relevância processual no momento da tomada de decisão, uma vez que visam alcançar uma decisão, em caso de falta ou insuficiente prova de um determinado facto controvertido.

Vejamos melhor.

Tendo por base tudo o que foi referido até agora, nomeadamente os princípios analisados e o critério vertido no artigo 414.º do NCPC, as regras sobre o ónus da prova apenas se afiguram relevantes, quando, processualmente, o julgador tenha de proferir uma decisão, e, tendo por base a prova produzida e carreada para o processo, não lhe seja possível aferir da veracidade dos factos alegados e controvertidos sujeitos à sua apreciação. Nesta senda, aquele terá de recorrer às regras de distribuição do ónus da prova para determinar qual das partes suportará as consequências, em face da proibição de *non liquet*.

Tal como foi mencionada, a função destas regras é resolver um *non liquet*, logo, só aquando da decisão, o magistrado confrontar-se-á ou não com aquela proibição -

²²⁵ Lembre-se que no Brasil, a norma está prevista em sede de saneamento.

²²⁶ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Código Processo Civil Anotado*, 2.º V., 2008, p. 434.

²²⁷ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...*, (1995), cit., p. 258.

²²⁸ Vide 2.3.7., deste capítulo.

²²⁹ Relembre-se que nem sempre serão necessárias para o julgamento da causa, cfr se explicou em no ponto 1, da secção II, do capítulo anterior.

“resolvendo-se o *non liquet* num *liquet* desfavorável à parte”²³⁰. Já se uma parte, onerada ou não com o ónus da prova, demonstra um determinado facto, à luz do princípio da aquisição processual, aquelas regras deixam de ser úteis ao decisor, relativamente aquele mesmo facto. Nesta circunstância, este não terá dúvidas e irá decidir - norteados pelos dispositivos legais e com os poderes de cognição de que dispõe.

231

Dito isto, dúvidas não nos restam de que os preceitos que regulam (e distribuem) as cargas probatórias funcionam para o julgador como instrumentos de auxílio de decisão para os casos de dúvida.

4. É, também por isto, que consideramos tão importante o trilho que traçamos neste trabalho. Vejamos porquê. É que para nós, tal como *supra* referido, dúvidas não nos restam de que os preceitos que regulam (e distribuem) as cargas probatórias em Portugal funcionam para o julgador como instrumentos de auxílio de decisão para os casos de dúvida. E a ser assim, a acolher-se a Teoria, esta teria de ser convocada aquando da prolação da sentença.

Em sentido oposto, a mestre ANA PATRÍCIA LOPES, propõe como momento adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ónus da prova, a audiência prévia, “uma vez que é na mesma que se traçam os perímetros do campo em que se vai desenrolar todo o ulterior jogo, ou seja que se definem, entre outros os factos controvertidos, funcionando assim como regra de procedimento, sem que tal constituía um pré-julgamento da causa, porquanto o julgador não tem como prever, se a parte a quem redistribuiu o ónus, irá ou não desincumbir-se da prova. Ao operar antes da sentença as partes já não serão surpreendidas e poderão produzir prova em conformidade com tal redistribuição.”²³²

²³⁰ Expressão utilizada por MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, (1963), cit., p. 186.

²³¹ Neste sentido, ELIZABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., pp. 814-815.

²³² Cfr. ANA PATRÍCIA LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit. p. 163, e a mesma mestre defende “O autor poderá requerer a redistribuição do ónus da prova logo com a petição inicial e o réu, na contestação sob indicação do juiz (se considerar pertinente e preenchida a excepcionalidade exigível para aplicação da redistribuição) poderá manifestar-se quanto a esse pedido, produzindo a prova cujo ónus lhe foi redistribuído ou demonstrando que efetivamente não detém as melhores condições para fazê-lo. O contrário também se aplica, ora se resultar da contestação do réu que é justamente o autor que está em melhores condições para provar tais factos, poderá o juiz redistribuir o ónus probandu, orientando, desta vez, o autor para que este produza a prova ou se desincumba do ónus aqui em causa, demonstrando que não está em posição mais favorável para produzi-la.”

Ora, salvo melhor opinião, todo este raciocínio nos parece incorreto, porquanto se o nosso regime de ónus de prova é dotado de uma característica, não se afigura correto alterar essa solução de modo a não desvirtuar a aplicação de uma Teoria.

A ser assim, seria forçar o sistema a adaptar-se à Teoria, e não a Teoria a resolver um problema do processo declarativo.²³³ Isto porque, resulta claro que, de acordo com a função jurídica do ónus da prova, é aquando da sentença que o julgador se socorre das regras de ónus da prova, mediante a proibição de *non liquet*.

Todavia, nesse momento processual convenhamos que é já demasiado tarde para as partes conformarem a sua conduta probatória com aproveitamento útil para a Teoria. Além de que nesse momento violar-se-ia o princípio do contraditório, por impossibilidade das partes contestarem a sua aplicação.²³⁴ Vejamos melhor.

5. Em sentido contrário, perguntar-se-á: o julgador aquando da audiência prévia não faz um pré-julgamento da matéria de facto? Nomeadamente aquando do despacho saneador? E na enunciação dos temas de prova? E, se sim, não poderia empregar-se neste momento a Teoria, evitando tudo o que se disse? Vejamos por partes.

A audiência preliminar deu lugar à audiência prévia (art. 591.º do CPC), em que se procura uma aproximação entre as partes e o Tribunal, numa ideia dominada pela oralidade e celeridade processual.²³⁵

A principal função desta fase, a par da tentativa de conciliação, advém de terem sido limitados os articulados admissíveis, e, por isso, relegado para esta o exercício de resposta às exceções - ou, não a havendo (592.º e 593.º do CPC), para o início da audiência final (art. 3.º n.º 4 do CPC). Por outro lado, também aqui, no plano da apresentação da prova e da sua produção, a cada uma das partes é legítimo deduzir oposição à admissão das provas oferecidas, até porque, como é consabido, a prova só pode ser invocada ou ter plena eficácia contra alguém, que tenha tido a possibilidade de pronunciar-se, oferecendo a sua defesa.

²³³ MARIANA THEODORO faz exatamente o mesmo, e di-lo claramente em *Breves...*, (2016), cit., p. 1040.

²³⁴ Há também quem residualmente aponte o momento subsequente à receção da petição inicial, mas é praticamente residual, pelo que, nem trataremos aqui, pois os nossos argumentos aplicar-se-iam por maioria de razão.

²³⁵ Ainda que, autores como MARIA JOÃO SOUSA FARO, *A audiência prévia*, O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo código do processo civil, Centro de Estudos Judiciários, caderno 1, 2ª ed., 2013, p. 215, considerem que, em regra, é um fator de atraso processual, dada a sua irrelevância.

Assim, se atentarmos ao elenco daquele normativo verificamos que, potencialmente, só ao abrigo da alínea e) é que se poderia afirmar que existe espaço para a aplicação da Teoria, neste momento processual. Contudo, como se verá²³⁶ ambas as prerrogativas do julgador não sustentam a aplicação da Teoria.

Quanto à inovação operada nesta sede pelo NCPC, que prevê a enunciação dos *temas da prova* (na alínea f) daquele preceito e art. 596.º do mesmo diploma)²³⁷, também não poderá argumentar-se que nesta fase o julgador faz um pré-julgamento sobre a matéria de facto, e, por isso, poderia aqui aplicar a Teoria.

A respeito desta inovação, e, antes de mais, refira-se que o mencionado preceito estabelece um despacho compósito: objeto do litígio e *temas de prova*.

Sinteticamente, no que toca ao objeto do litígio, aqui o juiz antecipa e fixa as questões em aberto, segundo as questões plausíveis de direito; no tocante aos *temas da prova*, trata-se de enunciar factos processuais abertos, pois os factos assentes são fixados na fundamentação de facto, aquando da sentença, e não neste despacho.

Dediquemo-nos aos *temas da prova*, pois este seria o potencial argumento para a aplicação da Teoria, em momento anterior à sentença.

Conforme ensina PAULO PIMENTA, com o NCPC, a enunciação dos *temas da prova* não implica qualquer compromisso quanto às regras da distribuição do ónus da prova. Isto porque, nesse momento do processo apenas se trata de balizar a instrução. Só na sentença, e já depois de ter declarado os factos provados e os factos não provados, é que o juiz irá tirar consequências sobre a falta de prova deste ou daquele facto e, em função da natureza do mesmo, declarar a procedência da ação ou da exceção.²³⁸ No mesmo sentido, JOSÉ LUÍS RAMOS escreveu que, com esta inovação, a reforma de 2013 visou (sem conseguir) promover uma instrução mais esclarecida sobre o que deve ser provado.²³⁹ Ou seja, uma ferramenta para apontar os factos controvertidos, e, sobre os quais incidirá a sentença. Todavia, esta enunciação tem um carater genérico e até alterável, pelo que, não conclusivo.²⁴⁰

No mesmo sentido, o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 29-05-2014, proc. n.º 175/13.9TMPDL-B.L1-7, relatora DINA MONTEIRO, esclarece que

²³⁶ Vide ponto 2.3.6., deste capítulo.

²³⁷ Que vêm substituir a base instrutória.

²³⁸ Cfr. PAULO PIMENTA, *Os temas da prova*, Revista lusfada direito, n.º 11, 2013, p. 30.

²³⁹ JOSÉ LUÍS RAMOS, *Temas da prova: a pedra angular do “novo” CPC?*, Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Pamplona Corte-Real, 2016, p. 579.

²⁴⁰ O ac. do TRG, de 19-01-2015 refere ainda que o juiz, no início do julgamento, pode restringir os temas de prova.

não há nenhuma assunção de posição quantos aos factos, antes o juiz deve ter em consideração toda a matéria de facto que se revele necessária provar, de modo a permitir a adoção de qualquer solução de direito para a causa

Até porque, em julgamento não se vão discutir temas, mas factos. E a utilidade dos temas da prova vem do próprio objeto da instrução previsto no art. 410.º do CPC. O que se pretende é que, o julgador passe a enunciar a matéria de facto sem especificar, em concreto, todos os factos que podem ser objeto de prova no julgamento – elucidativo de que não existe um pré-julgamento da matéria de facto pelo julgador.

Em ambos os casos analisados, nem outra podia ser a solução, uma vez que defender o contrário, ou seja, que o magistrado nesta fase já tem um pré-julgamento sobre o que terá ou não dúvidas, desvirtuaria o espírito do julgador, que, desde esta fase, já estaria a “antecipar” uma decisão de facto, ou “viciado” a uma versão dos factos controvertidos.

6. Ora, a distribuição deve ocorrer num momento processual adequado a possibilitar que, a parte ora onerada possa fazer prova, e, assim, desincumbir-se do seu ónus, sob pena de violação da garantia do contraditório (art. 3.º n.º 3 do CPC e 20.º n.º 4 da CRP).

Desse modo, não se mostra plausível, em teoria, a distribuição do ónus da prova no momento da prolação da sentença – embora seja este o momento de aplicação deste tipo de regras -, pois, nessa hipótese, aquele que recebeu o encargo probatório estaria impossibilitado de demonstrar os factos que lhe incumbem - o que violaria o direito ao contraditório, previsto no art. 20.º n.º 4 da CRP.

A ser assim, deveria o magistrado, aquando da possibilidade de aplicação da Teoria, informar as partes de que se socorrerá desta, mediante despacho, pois a inexistência de tal informação obsta ao direito de defesa pela parte ora onerada - o que não se pode admitir. Contudo, tal não se afigura possível, como se explicou, até ao momento da prolação da sentença, o juiz não sabe se haverá ou não factos controvertidos sobre os quais vá ter dúvidas sobre a sua verificação, após a fase de produção de prova. Pelo que, a sentença seria, sem dúvida, pelo que *supra* se disse, o momento para a aplicação da estudada Teoria.

Em suma, não nos parece possível que, tendo presente que, no nosso processo as regras sobre o ónus da prova configuram regras de julgamento, seja possível conciliar tal característica com os propósitos da Teoria, pois tal acarretaria um de dois caminhos,

a nosso ver: adotar-se uma Teoria e desvirtuá-la dos seus propósitos, ou alterar o ordenamento jurídico para habilitá-lo para a adoção da Teoria – este último, numa lógica subvertida das coisas.

2.3.5. Dificuldade de acautelar a certeza, segurança e expectativas jurídicas

1. Chegados a este ponto da exposição, consideramos que razões de certeza, segurança e expectativas jurídicas militam no sentido da indesejável adoção da Teoria. De facto, uma outra crítica óbvia que, na nossa modesta opinião, podemos apontar àquela é a da potencial insegurança jurídica, que a incerteza sobre a repartição do ónus da prova no processo provocaria nas partes, por duas ordens de razão.²⁴¹

2. Em primeiro lugar, porque quando uma parte intenta uma ação, fá-lo consciente, e, tendo por base, as possibilidades da sua defesa, de acordo com o que pode ou não provar. Logo, as regras de distribuição do ónus são regras com que a parte tem de contar desde início, não podendo ser surpreendido posteriormente – é nesta sede que consideramos que aquelas regras apenas indiretamente interessam às partes.²⁴² Ou seja, o principal pressuposto da Teoria – carácter dinâmico, que advém do facto da distribuição não ser apriorista – encerra problemas ao nível da certeza, segurança e expectativas jurídicas.

E a única solução que poderia conciliar os propósitos da Teoria com aqueles aspetos seria o juiz aplicá-la numa fase processual, em que a parte visada ainda pudesse realizar convenientemente a sua prova. Contudo, isso remete-nos para a discussão acerca do momento certo para utilização da teoria em análise, e já se enunciou a conclusão a que se chegou a esse respeito.

3. Em segundo lugar, porque como se disse no ponto anterior, só no momento da sentença é que o juiz verifica se há factos por provar. E, alterar nesse momento, as

²⁴¹ Cfr. ensina JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.^a ed., 2007, p. 310 e seg.s, o Estado de Direito oferece, por um lado, estabilidade, como garantia de um mínimo de permanência das normas e dos seus efeitos, e previsibilidade, por outro, como suscetibilidade de se anteverem situações futuras e dos destinatários organizarem as suas vidas. Ainda segundo aquele Autor, num plano subjetivo, a segurança jurídica reconduz-se à proteção da confiança – no mesmo sentido que a jurisprudência alemã – no que contenda com as suas esferas jurídicas. E o Estado, e todos os órgãos de soberania, em todas as suas atuações estão vinculados à proteção da confiança e estabilidade.

²⁴² Vide ponto 2.3.6., deste capítulo.

regras de repartição do ónus da prova obrigaria a conceder à parte onerada pela decisão do juiz, as condições para a devida realização da prova. Contudo, ainda que essas condições fossem concedidas, ou que a decisão fosse anterior (por exemplo, porque a parte onerada requereu a distribuição dinâmica do ónus, por hipótese legal que se contemplasse), a verdade é que na generalidade das situações, estando a ação já a decorrer, não seria fácil fazer uma prova com que não se contava. Ainda que o julgador considere que, esta, é a parte com *melhores condições probatórias*, relativamente a um determinado facto²⁴³.

4. Assim, e embora a CRP não se refira expressamente à garantia da previsibilidade e estabilidade das decisões é pacífico, segundo REIS NOVAIS, o entendimento de que o valor da segurança – o princípio da proteção da confiança – decorre do segundo dispositivo constitucional, ou seja, do Estado de Direito.²⁴⁴ E, esta Teoria restringe necessariamente a previsibilidade do critério de decisão do julgador, em caso de dúvida. Tal restrição, de acordo com os critérios do art. 18.º n.º 2 da CRP, embora parcialmente idónea para atingir os fins a que se propõe alcançar, seria também só parcialmente necessária, e nunca proporcional em sentido estrito – como, de resto, se verá ao longo deste capítulo.

2.3.6. Dificuldade de enquadramento no sistema probatório português

1. A ordem jurídica internacional conhece, *lato sensu*, dois tipos de sistemas probatórios em Direito Civil, com fundamentos teóricos e épocas históricas bastante distintos.

2. O primeiro sistema baseia-se na aplicação do princípio do dispositivo e configura um produto do pensamento liberal.

Segundo este princípio, o juiz decide em conformidade com o que as partes alegaram e provaram durante o pleito judicial. Aqui as partes “dominam a relação

²⁴³ Que, aliás, pode não ser, e teria também de ser essa mesma parte a fazer prova de que não apresenta as *melhores condições probatórias*, com a agravante de que, também neste caso, teria de o fazer já em sede de fase de julgamento – bastante ilustrativo da falta de segurança processual, em que esta Teoria redundaria.

²⁴⁴ REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, 2011, pp. 261 e seg.s.

material e a relação processual que sobre ela se constitui”, nas palavras de PRAZERES BELEZA.²⁴⁵

Na sua formação mais ortodoxa, as partes determinam todo o processo, desde o início do mesmo, nomeadamente definem sozinhas o objeto e os factos de que o juiz vai conhecer, as provas têm um valor tabelado e ao juiz caberá apenas certificar-se de que as regras processuais estão a ser respeitadas pelas partes.²⁴⁶

O ónus da prova funciona, tecnicamente, nestes sistemas, como um encargo: a parte onerada tem de provar o facto que alega, sob pena de ser considerado como verdadeiro o facto oposto.²⁴⁷

Como já se disse anteriormente, este sistema tem como consequência a impossibilidade de o tribunal poder suprir officiosamente qualquer inércia das partes ao carrear provas para o processo – frequentemente associado a expressões como “juiz inerte” ou “convidado de pedra”.²⁴⁸

3. O segundo sistema privilegia a aplicação do princípio do inquisitório.

Nestes ordenamentos jurídicos, o tribunal dispõe de poderes para determinar a produção de certa prova. Aqui, ao tribunal são conferidos poderes com o fito da descoberta da verdade material. E nesse sentido, o juiz é investido de poderes públicos no que concerne à fixação dos factos determinantes do reconhecimento, modificação ou extinção de uma relação jurídica, bem como das provas necessárias a tal desígnio. Trata-se, em boa verdade, de um verdadeiro *poder-dever* do juiz ordenar, officiosamente, todas as diligências necessárias à justa composição do litígio, mesmo no que concerne à recolha de determinados tipos de prova.^{249 250}

Apesar deste poder de direção do processo inerente ao funcionamento do princípio do inquisitório, o ónus probatório das partes existe mesmo nos sistemas dominados por aquele princípio, apesar de, nestes, o *poder-dever* do tribunal prevalecer. Isto porque, o inquisitório não substitui, nem contraria a disponibilidade do processo

²⁴⁵ Cfr. PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., p. 1.

²⁴⁶ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções...*, (1979), cit., apêndice ponto 1.

²⁴⁷ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, ...*, (1995), cit., p. 216, nesta situação, o Autor defende que o ónus da prova implica, para a atividade decisória, que o juiz ficione que está provado o facto contrário, sendo este o facto que irá fundamentar a sua decisão.

²⁴⁸ ROSENBERG refere-se ao “princípio da neutralidade do juiz”. E sobre estas expressões *vide* v.g. PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., p. 1.

²⁴⁹ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *Código de...*, (2014), cit., pp. 431-432.

²⁵⁰ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, ...*, (1995), cit., pp. 257-258.

pelas partes, uma vez que em última análise isso levaria a situação de desvirtuamento da proibição de *non liquet* – de que *supra* já nos ocupámos.²⁵¹

Desta forma, e em síntese, o princípio do inquisitório não obsta a que o tribunal decida contra a parte onerada caso esta não cumpra com o ónus. O ónus da prova, apresenta-se, neste sentido, também, como uma penalidade: a parte terá de carrear todos os elementos de prova necessários ao preenchimento do ónus, sob pena de o juiz dar como assente o facto oposto.²⁵²

4. Além do exposto, conhecem-se sistemas em que é adotada uma sistemática mista ou híbrida. Nestes sistemas é conferido maior destaque e aplicação ao princípio do dispositivo no que concerne à alegação dos factos, e ao princípio do inquisitório relativamente à prova dos factos alegados.²⁵³

Ensina-nos PRAZERES BELEZA²⁵⁴, que atualmente os ordenamentos jurídicos não apresentam uma opção por apenas um dos modelos, pois encontramos as mais variadas combinações de ambos, constatando-se uma predominância de um ou outro dos princípios²⁵⁵. O mesmo sucede em Portugal, na opinião daquela magistrada. Esta defende que existe uma combinação predominantemente dispositiva, fundada, por um lado, na natureza privada dos litígios e, por outro, disponibilidade dos direitos das partes, porquanto estas características devem se respeitadas pelas regras processuais, em nome da instrumentalidade do processo. Todavia a mesma refere, que em sede estritamente probatória, e não obstante várias limitações significativas, o direito processual civil reveste nesta senda um pendor inquisitório.²⁵⁶

Aliás, é entendimento da maioria doutrinária²⁵⁷, que já na vigência do anterior código de 1961, o sistema probatório civil em Portugal era marcado pelo hibridismo que

²⁵¹ ELIZABETH FERNANDEZ, *A prova...*, (2013), cit., p. 820, refere que a “inquisitorialidade extrema, ou seja, que não admitisse sequer o ónus da prova pelas partes, teria de permitir a abstenção de julgamento, pois que ao tribunal não restava um outro critério para decidir pelo “non liquet” contra ou a favor de umas das partes.”.

²⁵² Cfr. REMÉDIO MARQUES, *A acção...*, (2011), cit., pp. 592-593.

²⁵³ Cfr. ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual...*, (1985), cit., p.449.

²⁵⁴ Cfr. PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., pp. 1-2.

²⁵⁵ Não encontramos na doutrina consultada nenhuma referência a um exemplo de um sistema atual que apenas acolha um destes princípios. Todavia, em termos históricos, podíamos apontar o sistema jurídico prussiano do século XVIII, ou ordenamentos do oriente socialista, que apenas previam o princípio do inquisitório – vide ANA LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit., p. 21.

²⁵⁶ Vide exemplificação de PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., p. 3.

²⁵⁷ Por muitos: ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual...*, (1985), cit., p. 449.

descrevemos. Não obstante, considera-se que ocorreu um evidente reforço do princípio do inquisitório aportado pela última revisão do Código de Processo Civil Português.²⁵⁸

Começamos por referir que segundo a exposição de motivos da proposta de reforma do CPC, redigida pela Comissão Revisora, o objetivo principal da reforma parece ter assentado na simplicidade e celeridade dos litígios cíveis. A este respeito, escreveu JOSÉ LUÍS RAMOS²⁵⁹ que aquele desiderato seria alcançado com o reforço dos poderes de direção e do princípio do inquisitório. Através da “morte” de ALBERTO DOS REIS - figura de estilo utilizada por alguns²⁶⁰ para expressar a necessidade de erradicar o legado daquele autor -, deveria surgir um novo modelo de poder decisório do juiz. Este modelo devia operar o reforço da intervenção do julgador, nomeadamente ao nível do controlo, direção e promoção da audiência e prova.

5. A grande novidade do NCPC foi a implementação do princípio da gestão processual, previsto no artigo 6.º, que prevê um *poder-dever* do julgador ter uma posição interventiva no processo, norteados pela ideia de *gestão* e não de *direção*. Segundo este, ao longo do processo podem surgir obstáculos, e caberá ao juiz garantir o célere andamento processual, sobretudo rejeitando o que for descabido e dilatatório, e ultrapassando dificuldades que surjam.

Esta orientação do NCPC está em linha com a evolução do direito processual civil atual, que substituiu o “juiz de pedra” por um “juiz ativo”, conferindo-lhe atividade instrutória e de direção do processo.

Assim, tendo nós caracterizado o nosso sistema como um sistema híbrido de natureza dispositiva, alicerçado na instrumentalidade do processo, mas com pendor inquisitório, no que toca ao direito probatório, será que a Teoria se revela muito mais conexa com o atual entendimento da atividade do julgador? Se sim, chegou ao ponto de influir e permitir uma repartição diferente do ónus da prova?

A nossa resposta é: sim e não.

Sim, porque entendemos e acompanhamos que é este o sentido da predominância do nosso processo declarativo, com as consequências do ponto de vista do ónus, que

²⁵⁸ Aprovada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, na linha de reforço dos poderes do juiz operada na reforma de 95/96 (DL n.º 329-A/95, 12, dezembro).

²⁵⁹ JOSÉ LUIS RAMOS, *Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil*, Estudos em homenagem ao prof. José Lebre de Freitas, v. I, 2013, p. 918.

²⁶⁰ Entre outros, JOÃO CORREIA e JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *Morra Alberto dos Reis*, Revista da Ordem dos Advogados, n.º 64, 2004, p. 29 e seg.s. Não teceremos comentários acerca da justeza ou da propriedade daquela expressão ou intenção.

acima já se enunciou.²⁶¹ E, nessa medida, potencialmente a Teoria apresenta-se, abstratamente, em linha de raciocínio com esta opção que a legislação processual tem encabeçado.

Todavia, consideramos que não, o regime jurídico atual não sustenta abertura para o julgador levar a cabo uma diferente distribuição do *onus probandi*. Com o progressivo reforço do princípio do inquisitório, o julgador vê ampliados os termos da sua intervenção. Contudo, esse reforço do princípio do inquisitório é um passo qualitativamente diferente da atribuição ao juiz poderes de iniciativa probatória.²⁶²

Até porque, como alerta RUI MOREIRA²⁶³, se reforçarmos para além do processualmente necessário, o inquisitório pode resultar numa perda da equidistância, e assim numa efetiva, ainda que não consciencializada, violação do princípio da igualdade.

Consideramos, que atendendo ao quadro legal atual, e mesmo com o reforço aportado pela última revisão, não existe cabimento ou enquadramento legal para a aplicação da Teoria.

E nem configuramos a possibilidade de se argumentar que se trata de uma manifestação do dever de gestão processual (art. 6.º do CPC), nem tão pouco do princípio da adequação (art. 547.º do CPC), pois não resulta da redação destes preceitos a possibilidade de modificar as regras do ónus da prova.

O dever de gestão processual traduz-se num elenco de tarefas incumbidas ao juiz, em nome da justa composição do litígio em prazo razoável.²⁶⁴ Ora, a Teoria em nada contende com objetivos de celeridade e/ou economia processual. O conteúdo deste dever é indeterminado, é certo, podendo concretizar-se em atos processuais não previamente definidos na Lei, mas tal não abrange as regras sobre o ónus da prova.

²⁶¹ Por último, há uma outra decorrência que ainda não mencionamos: nos sistemas que privilegiam a aplicação do princípio do dispositivo, o ónus da prova tem uma feição marcadamente subjetiva, enquanto que nos sistemas em que domina o princípio do inquisitório o ónus da prova torna-se objetivo. A diferença entre os dois ónus reside na influência direta das partes na atividade probatória, e o que se disse deixa prever o porquê da anterior afirmação – é que assim como refere RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p. 70, a valorização do princípio do inquisitório impede a existência de um ónus da prova em sentido subjetivo, pois impossibilita o estabelecimento de uma relação dependência entre a atividade probatória da parte e a verificação de um resultado.

²⁶² Segundo PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., p.11.

²⁶³ RUI MOREIRA, *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do processo civil*, Centro de estudos judiciários, caderno I, 2ª ed., 2013, pp. 64-65.

²⁶⁴ A este respeito, LEBRE DE FREITAS, *Código...*, (2014), cit., p. 254, entende que nem existe autonomia entre este dever e outros pré-existentes, decorrentes da direção do processo e adequação formal.

Quanto à adequação formal, refere RUI PINTO²⁶⁵ que surge como desenvolvimento do art. 20.º n.º 4 da CRP e manifestação do dever de direção. ABÍLIO NETO²⁶⁶ escreve que a ideia de adequação formal exige um juiz com uma perspetiva crítica e ativa das regras procedimentais, e, assim, empenhado em que o rito processual assegure um processo equitativo. Também aqui a nossa conclusão é a mesma.

E porque consideramos que estas normas não são habilitadoras da Teoria? Neste ponto do raciocínio é inevitável convocar-se a questão de distinção entre o direito probatório material e formal, porquanto se afigura crucial. Conforme ensina TEIXEIRA DE SOUSA, a prova é regulada pelo direito probatório, e este pode ser material ou formal. As regras de distribuição de distribuição do ónus da prova reconduzem-se ao direito probatório material, por isso, encontram-se essencialmente reguladas no Código Civil.²⁶⁷ Ora estes dois preceitos que enunciamos traduzem uma direção formal do processo²⁶⁸, e em pouco contendem com a atividade probatória, e quando tal aconteça, apenas sucederá no plano do procedimento probatório, logo direito probatório formal.

Isto para dizer que, na nossa opinião, não há sustento para a aplicação da Teoria, nestas normas – o que corrobora o que se disse acerca da necessidade de norma habilitante.²⁶⁹

Em suma, para já, e embora esteja potencialmente em linha, não existe enquadramento legal para a Teoria no sistema probatório atual.

2.3.7. Dificuldade pelo falso incentivo à produção da prova

1. Se a parte processual, que não tinha o ónus de provar determinado facto, o demonstrar, ou, aquele ficar demonstrado, ainda que por iniciativa do próprio tribunal, o juiz vai igualmente considerar a prova no processo de tomada da decisão. E, quando tal acontece, o julgador não necessita de recorrer às regras do ónus da prova, dado tomar em consideração toda a prova carreada para o processo, independentemente de quem foi a parte produtora.

²⁶⁵ RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, v. I, 2ª ed., pp.34-36.

²⁶⁶ ABÍLIO NETO, *Novo código de processo civil anotado*, 2ª ed., 2014, p. 588.

²⁶⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, ...*, (1995), cit., p.197.

²⁶⁸ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil, conceito...*, (2013), cit., p. 228.

²⁶⁹ Neste capítulo no ponto 2.3.3.

Esta é a técnica jurídica própria dos sistemas marcados pelo princípio do inquisitório, e resulta da aplicação de um outro princípio: o princípio da aquisição processual, que entre nós está previsto no artigo 413.º do Código de Processo Civil:

“O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado.”.

Em suma, à luz deste princípio consideram-se *provas atendíveis*²⁷⁰ todas as provas constantes dos autos, quer aquelas que tenham sido processualmente adquiridas por impulso da parte onerada (por aplicação das regras de repartição do ónus da prova), quer da parte contrária ou por iniciativa do Tribunal.

Do presente enunciado resultam dois postulados imediatos e determinantes para o nosso tema: em primeiro lugar, um facto pode ser provado pela parte que não estava onerada com o ónus probatório e, ainda assim, o juiz tem de considerar aquela prova; e, em segundo lugar, o ónus de prova não é um ónus jurídico em sentido estrito, uma vez que ele pode ser incumprido e ainda assim a parte onerada não sofre nenhuma penalização.^{271 272}

Ambos os postulados derivam, na nossa opinião, de o nosso sistema estar desenhado para permitir o máximo aproveitamento das provas carreadas no processo, o que é elucidativo da preocupação legislativa com a promoção da iniciativa probatória.

2. Ora vejamos.

O ónus da prova objetivo ou material²⁷³ permite ao juiz, quando confrontado com a incerteza de um facto controvertido e fulcral para a decisão da causa, decidir pela posição processual de uma das partes, em conformidade com o disposto nas normas de repartição do ónus, qua *já* se analisou com detalhe. O sentido da decisão a favor de uma

²⁷⁰ Expressão empregue pelo juiz conselheiro jubilado do STJ, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Noções...*, (2015), cit., p. 167.

²⁷¹ Já enunciámos esta questão aquando da análise do conceito de ónus da prova, mas só a desenvolveremos agora.

²⁷² Uma última consideração sobre o âmbito deste princípio que se impõe, sobretudo após o NCPC, passa por referir que este não é absoluto, e cederá perante outros que tenham de prevalecer. E a título de exemplo pode referir-se o de FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Noções...*, (2015), p. 169, o princípio da preclusão, cuja aplicação pressupõe que certos factos não poderão ser tidos em consideração pelo decisor, se tiver precludido o prazo processual para a sua alegação ou prova.

²⁷³ Ensina-nos ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, V. III, 1982, pp. 173-174., que se trata de um conceito de origem austríaca, adotado pela doutrina alemã (ROSENBERG), e posteriormente desenvolvido pelos autores italianos.

ou outra parte não é fundada na atividade individual de cada uma delas, pois a ambas aproveita toda a prova carreada para o processo, independentemente de quem teve essa iniciativa – à luz dos princípios da aquisição processual e inquisitório.

O ónus de prova subjetivo ou formal (também referido como *ónus de produção da prova*) divide a atividade probatória entre as partes em litígio, i.e., estabelece quem deve produzir a prova de determinado(s) facto(s), sob pena de não ver atendidas as suas pretensões. Condicionando-se assim a decisão judicial: o juiz apenas dará como provado certo facto, se tal prova provier da parte legalmente onerada (decidirá *secundum allegata et probata partium*).²⁷⁴ Ou seja, ou a parte onerada faz prova do facto, ou o mesmo não é dado como provado.^{275 276}

Ora, entendemos, na senda, por muitos²⁷⁷, que o nosso ordenamento não prevê nenhuma norma com um ónus de prova subjetivo. Tal decorre do princípio da aquisição processual (art. 413.º do CPC) supra transcrito, e é consentâneo com o escopo final do processo – busca da verdade material. Desta guisa, não existe qualquer disposição que determine uma monopolização das provas pela parte onerada com o ónus, seja através da sua exclusiva requisição ou de qualquer privilégio na atividade probatória.

Assim, como se viu, é indiferente para a valoração da prova o sujeito processual que a produziu, ou, *in aequali*, se esta resultou das diligências officiosas do tribunal, todas as provas produzidas no processo são atendíveis.²⁷⁸ Esta opção do legislador é claramente consentânea com um ensejo de alcançar a verdade material. Inclusivamente, uma consequência desta opção legislativa pelo ónus objetivo, é que as partes não podem renunciar ou retirar às provas carreadas para os autos (v.g. artigos 465.º e 474.º do NCPC).

²⁷⁴ PEDRO MÚRIAS, *Por uma...*, (2000), cit., pp. 21-24.

²⁷⁵ PRAZERES BELEZA, *O activismo...*, (2012), cit., p. 6.

²⁷⁶ *Seguindo de perto as palavras* eloquentes de PEDRO MÚRIAS, *Por uma*, (2000), cit., p. 20 “dir-se-á, de modo sintético, que o ónus da prova objetivo é o instituto que determina segundo qual das versões disputadas deve o juiz decidir quando é incerta a verificação de algum facto pertinente. Não pode ser confundido com este instituto o do ónus da prova subjetivo ou formal (ónus de produção da prova). Este, contrariamente àquele outro, determina a qual das partes incumbe uma certa probatória atividade sob pena de ver a sua pretensão ativa ou defensiva desatendida.”

²⁷⁷ No mesmo sentido ELISABETH FERNANDES, *A prova...*, (2013), cit., pp. 817-823, PEDRO MÚRIAS, *Por uma...*(2000), cit., p. 25, e REMÉDIO MARQUES, *A ação...*, (2011), cit., pp. 592-593.

²⁷⁸ Cfr. ALBERTO DOS REIS e MANUEL DE ANDRADE, através de ANSELMO DE CASTRO, *Direito...*, (1982), cit., pp. 173-174.

3. A ser assim, para alguns autores o ónus subjetivo no nosso ordenamento torna-se irrelevante.²⁷⁹ Contudo, consideramos que, embora o atual instituto do ónus da prova apresente uma aceção marcadamente objetiva, na proporção do enfraquecimento da sua feição subjetiva, não a aniquila, pelo que, concordamos que por via indireta aquele tem repercussões na conduta probatória das partes.²⁸⁰ Vejamos como.

As partes têm obviamente intenções opostas sobre um facto controvertido, e, deste modo, tendo por base o que se disse sobre o princípio da aquisição processual, enquanto uma parte não conseguir fazer prova dos factos que a oneram, a parte contrária poderia limitar-se a uma posição meramente passiva.

Na verdade, e como já se disse, não é a parte que nega os factos que está incumbida de demonstrar que os factos a provar pela parte onerada não são verdadeiros, pelo que, a falta ou insuficiência dessa prova não lhe acarreta desvantagens.²⁸¹ A parte pode limitar-se a negá-los, embora tenha de impugná-los especificadamente, sob pena de serem admitidos por acordo (v.g. art. 574.º n.º 1 CPC).

Todavia, por um lado, a parte onerada com a prova de um determinado facto, consciente das consequências processuais da dúvida²⁸² sobre a verificação ou ocorrência daquele, sentir-se-á compelida a enveredar esforços para alcançar a prova do mesmo. Tendo em vista, evitar que fique prejudicada através da repartição do ónus da prova.²⁸³

A parte não onerada, por seu turno, terá interesse em refutar a prova da parte onerada, através da sua impugnação especificada, evitando que os factos sejam admitidos por acordo (art. 574.º do CPC), ou por contraprova para impedir que o julgador se convença do facto disputado (art. 346.º do CC).²⁸⁴ Ou seja, embora a parte contrária não esteja onerada com a prova de um facto, tal não significa que a mesma assista passivamente à produção de prova. Pelo contrário, a parte não onerada é (também) estimulada a produzir prova em sentido contrário quanto ao mesmo facto, visando demonstrar o contrário da prova produzida pela parte onerada, ou, pelo menos, lançar dúvida sobre a mesma.²⁸⁵

²⁷⁹ Nas palavras de ELIZABETH FERNANDES, *A prova...* (2013), cit., p. 823.

²⁸⁰ No mesmo sentido ANTUNES VARELA, *Manual...*, (1985), cit., p. 450. É a este respeito que, o mestre MICAEL MARTINS TEIXEIRA, *Por...*, (2012), cit., p. 11-12, defende existir um “efeito à distância do ónus da prova”.

²⁸¹ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...* (1995), cit., p. 218 e ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual*, (1985), cit., p. 450.

²⁸² Cfr. FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Noções...*, (2015), cit., p. 168.

²⁸³ RUI RANGEL, *O ónus...*(2000), cit., p. 131.

²⁸⁴ ANTUNES VARELA J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual*, (1985), cit., p. 450.

²⁸⁵ No mesmo sentido, HELENA CABRITA, *A fundamentação...*,(2015), cit., p. 142-143.

Mas como é que as partes, sobretudo a contrária, são estimuladas a produzir prova? Pensamos que, através do facto do nosso sistema estar desenhado para permitir o máximo aproveitamento das provas carreadas no processo - o que, como se disse, é elucidativo da preocupação legislativa com a promoção da iniciativa probatória.

A ser assim, ou a parte onerada com a prova demonstra-a efetivamente e o facto será considerado provado pelo tribunal, ou a parte contrária logra, por via da contraprova, tornar duvidosos os factos sobre os quais recaiu a prova produzida pela parte onerada e, neste caso, a questão será decidida contra a parte onerada com a prova, ou seja, ficará provado o facto contrário (artigo 346.º do CC, conjugado com os artigos 413.º e 414.º do CPC).

4. Donde, para o que aqui nos interessa, em nome da aplicação da Teoria utiliza-se como argumento que a mesma vem colmatar a falta de iniciativa probatória da parte não onerada com a prova de um determinado facto, mas não concordamos.

Ao invés, e ainda que não encontremos suporte em nenhum autor, consideramos que a construção do nosso regime de iniciativa probatória foi norteada pelo valor de aproveitamento máximo das provas trazidas ao processo, e de modo a criar em ambas as partes o interesse em realizar toda a prova possível, para que a sua pretensão seja atendida. E a combinação destas duas características, temperada com o reforço dos poderes de instrução do juiz, resulta na potencial redução das situações de dúvida – daí que o princípio da aquisição processual funcione também como limite à aplicação das regras de distribuição do ónus.

Por outro lado, consideramos que a Teoria sim, poderá conduzir à falta de interesse em realizar a prova. E consideramos isto porque, a parte onerada terá todo o interesse em alegar e colocar em evidência (para não dizer provocar) a sua dificuldade probatória, tendo em vista obter uma decisão de distribuição pelo julgador, que onere a parte contrária e que contra ela se resolva (art. 414.º do CPC).

Haverá melhor incentivo para a parte inicialmente onerada, do que transferir para a outra parte, a prova e as consequências da falta da prova de um facto, que (perdoe-se a repetição) inicialmente era seu? Atente-se que, aquela parte já se encontra onerada com a prova de um determinado facto, pelo que, representaria sempre um vantagem conseguir transferir, não só a prova do facto, como as consequências jurídicas do artigo 414.º do CPC, para a parte contrária.

Parece-nos que, instalar-se-ia uma situação em que, a parte onerada tudo faria para que o julgador recorresse à distribuição dinâmica, para que fosse desonerada daquele ónus, e que o risco da sua não produção passasse a correr por conta da parte contrária. Tratar-se-ia de um incentivo à parte inicialmente onerada em não empreender esforços para produzir prova, antes a potencializar as suas debilidades probatórias.

E, após a decisão do juiz, no sentido de aplicar a Teoria, verificar-se-ia o mesmo comportamento pela parte visada, aquando do exercício do direito ao contraditório. Assistiríamos a um desincentivo recíproco de iniciativa de produção da prova.

Vejamos de seguida outra implicação do que se disse.

2.3.8. A armadilha do princípio da cooperação ou colaboração

1. Nos sistemas marcadamente influenciados pelo princípio do inquisitório é determinante para o funcionamento adequado da atividade probatória, a correta aplicação de um outro princípio, complementar e concretizador: o princípio da cooperação ou colaboração.

No seu apogeu processual, a aplicação deste princípio determina que as partes devem colaborar para a descoberta da verdade material, devendo carrear para o processo todas as provas que, permitam à parte onerada com o ónus a demonstração de um determinado facto, mesmo que isso lhes seja prejudicial.

Contudo, o seu âmbito não se limita às partes, vejamos como, e qual o nível de consagração deste princípio no nosso ordenamento.

2. O artigo 417.º do NCPC sob a epígrafe “Dever de cooperação para a descoberta da verdade” dispõe no seu primeiro número:

“Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.”.

E tal, encontra-se em linha com o preceituado no artigo 7.º do NCPC²⁸⁶. Donde, em termos de âmbito subjetivo, este princípio recaí sobre partes, terceiros,

²⁸⁶ “1- Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição

representantes, e, em geral, todos os cidadãos, convocando-os para cooperação com a administração da justiça. Porém, não de forma igualitária, pois as partes e os intervenientes processuais parecem ter um dever acrescido de colaboração²⁸⁷. Isto porque, no número dois do mencionado artigo 417.º prevê-se que, com ressalva da recusa legítima prevista no n.º 3 do mesmo:

“Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.”.

Donde, se estivermos perante um incumpridor que não é parte ou interveniente processual, o juiz pode aplicar-lhe multa ou meios coercitivos²⁸⁸. Se se tratar de uma parte ou interveniente processual, o incumprimento deste princípio processual pode levar à aplicação de medidas sancionatórias com uma componente pecuniária, nos termos do Regulamento das Custas Processuais (RCP)²⁸⁹, que pode inclusive resultar numa condenação por litigância de má fé^{290 291}. Além de que, como refere LEBRE DE FREITAS²⁹², quando existe uma simples recusa de cooperação da parte para a descoberta da verdade, o tribunal, aquando da decisão, poderá valorar negativamente esta conduta, desde a irrelevância daquela, desconsideração dos resultados processuais conseguidos através dela, ou até mesmo a prova do facto que se pretendia averiguar.

do litígio. 2- O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.”.

²⁸⁷ No mesmo sentido *vide* FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Noções...*, (2015), cit., p. 175.

²⁸⁸ A norma refere-se aos que forem legalmente admitidos, idóneos a obter o resultado pretendido, a título de exemplo pode indicar-se a apreensão de documentos do artigo 433.º (sem prejuízo do previsto no art. 434.º), ou o disposto para a comparência de testemunhas do artigo 508.º n.º 4, ambos do NCPC. A este respeito, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES que também menciona os dois exemplos acabados de referir, ensina que a permissão legal de meios coercivos conhece limites no uso da força física ou ameaça moral para cessar a resistência do incumpridor, ilustrando uma não exceção ao referido com o art. 1801.º do CC.

²⁸⁹ Artigo 27.º n.º 1 ou 2, ou aplicação de uma taxa sancionatória excecional, dentro dos limites fixados no art. 27.º n.º 4 a 6, todos do mesmo diploma, a saber Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro.

²⁹⁰ Sobre a litigância de má fé, *vide* PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, 2008.

²⁹¹ Cfr. artigo 27.º n.º 3 do RCP.

²⁹² LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, (2013), cit., pp. 98-100..

Por último, se verificados certos requisitos que desenvolvemos na seção I, do primeiro capítulo²⁹³, haverá lugar à inversão do ónus da prova, com as consequências para a distribuição do ónus da prova que também nessa sede analisámos.

3. Cinjamo-nos às partes, porquanto apenas a estas se aplica a Teoria em análise.

Em nome do princípio de cooperação material²⁹⁴, a Teoria também configurada como *solidariedad de la prueba* desconsidera a prática da litigância em pleito, que por sinal não é sempre pautada pela boa-fé das partes. Posto isto, conseguimos vislumbrar duas armadilhas no princípio da cooperação, com a implementação da Teoria.

Do ponto de vista da parte visada pela decisão de aplicação da distribuição dinâmica, não é despiciendo considerar que, aquela irá procurar prová-la no sentido que mais lhe convier. E quanto a este argumento, encontramos assento nas palavras do principal precursor da Teoria. O próprio PEYRANO apelava ao cuidado do magistrado, aquando da valorização da prova alegada pela parte que se encontra em *melhores condições* para produzi-la, porque normalmente, está também em condições de desvirtuá-la ou neutralizá-la em seu próprio benefício.²⁹⁵

Por hipótese imagine-se um médico que tenha de provar o facto ilícito, na responsabilidade civil médica, por aplicação da Teoria. Note-se que, de acordo com a Teoria, ele terá de fazer prova de que o facto praticado é lícito, nunca terá de demonstrar que é ilícito.²⁹⁶ Em todo o caso, se aquele médico tem as *melhores condições probatórias* - utilizando a linguagem da Teoria -, por haver uma assimetria de conhecimentos técnicos entre as partes por hipótese, então ele também terá melhores condições de fazer prova no sentido que lhe favorece.

E então pergunta-se: onde está a vantagem para a parte inicialmente onerada? Admitindo uma situação que, o paciente tem razão, se a consequência do art. 414.º do CPC agora impende sobre o médico, este demonstrando a versão que mais lhe convém, não há lugar à aplicação daquele artigo. E a parte inicialmente onerada não consegue fazer contraprova²⁹⁷, pelas tais dificuldades técnicas, e, assim, retira-se a possibilidade

²⁹³ Vide ponto 2.4..

²⁹⁴ Adotando a distinção realizada por LEBRE DE FREITAS, *Introdução...*, (2013), cit, pp. 163 e seg.s.

²⁹⁵ PEYRANO, *Lineamentos...*, (2008), cit., p.21.

²⁹⁶ Neste ponto, bem sabemos que estamos no âmbito do Direito Civil, e não no Direito Penal, onde não vigora o princípio da *proibição de nemo tenetur se ipsum accusare* (proibição de obrigação de auto-incriminação), mas não podemos deixar de repudiar uma opção diferente de aplicação da Teoria-

²⁹⁷ Ou também fazer prova, lembre-se que a Teoria prevê que a distribuição possa ser partilhada, ou seja, as duas partes a colaborarem para a prova do mesmo facto, ainda que com versões diferentes.

desta ver lograda a prova de um requisito essencial da responsabilidade civil – e da sua pretensão.

Por outro lado, na senda do que se disse no ponto anterior, a nosso ver, a Teoria não impede a possibilidade de decisões dinâmicas baseadas em provas de dificuldade/facilidade manipuladas pela parte inicialmente onerada.²⁹⁸ Ao contrário dos casos de desigualdade gritante - imagine-se um autor analfabeto, e um réu que é considerado o melhor médico daquela especialidade (distinguindo pelas entidades competentes como tal) -, como se afere as assimetrias de conhecimento entre duas partes com conhecimentos e nível de instrução comuns (não profissionais)? A questão que se impõe colocar é: como se comprovam as dificuldades probatórias alegadas pelas partes? A Teoria não responde. Daí que consideremos que a Teoria não impede a possibilidade de decisões dinâmicas baseadas em provas de dificuldade/facilidade manipuladas pela parte inicialmente onerada.

4. Por último, sucede que, se adotada a Teoria, o princípio da cooperação será elevado ao seu expoente máximo, e funcionará, na nossa opinião, contra a parte cooperante. Isto porque, a parte inicialmente não onerada será compelida a realizar prova de um facto, sob pena de se verificar um resultado desfavorável que não teria, se não houve distribuição dinâmica.

Dir-se-á em sentido contrário que, isso é que decorre da lógica do ónus da prova – art. 414.º do CPC. Contudo, na nossa opinião, instrumentaliza-se uma parte em prol de outra. Isto porque, em nome da cooperação material, convoca-se uma parte para produzir a prova de um facto que não teria inicialmente de provar, mesmo que, caso não consiga, lhe seja prejudicial. Aliás, secalhar mais prejudicial e, certamente gravoso, do que a solução do nosso ordenamento para a revelia, que sempre exceciona os factos, cuja prova se exija documento escrito (art. 568.º, d) do CPC).

Consideramos que, a obtenção de provas não pode ser feita a todo o custo, mesmo em processo civil, em que, não existe uma tutela semelhante à que verificamos para o arguido, no Processo Penal (denominada *pro reo*).

Poderá também alegar-se em defesa da Teoria que, nas situações de inversão sucede o mesmo, e é verdade. E também é verdade que, tanto a regra da inversão, como a que consagrasse a Teoria seria de aplicação excecional. Todavia, aqui recuperamos o

²⁹⁸ Em linha com o que se disse no ponto 2.3.7., deste capítulo.

que se disse acerca da dificuldade prevista em 2.3.5. deste capítulo, como forma de destringer a diferença entre estes dois casos: é que as partes sabem *a priori* se se verificará uma situação de inversão, e de aplicação da Teoria não.

Assim, porquanto se trata da exigência de uma conduta auto-lesiva do seu direito à defesa, consideramos que este princípio deve ceder perante o direito à defesa, valores de razoabilidade e princípio da proporcionalidade (na vertente da necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*). – art. 18.º da CRP.

2.3.9. Dificuldade na prova e fundamentação – transferência da dificuldade

1. Os precursores da Teoria entendem que a prova da *melhor condição probatória* da parte cabe àquela que, é beneficiada com a distribuição dinâmica²⁹⁹. Ora, escusado será dizer que, também este facto pode ser difícil ou praticamente impossível de demonstrar, e, nessa situação, estaremos perante um círculo vicioso. Nesta circunstância, apenas a prova por parte do litigante inicialmente não onerado asseguraria o convencimento do magistrado - o que seria exigir uma prova auto-lesiva dos seus interesses.

2. Esclareça-se que, a determinação da distribuição dinâmica do ónus da prova teria sempre de ser motivada racionalmente, bem como fundamentada pelo julgador, porquanto ser-lhe-iam aplicáveis os artigos 153.º e 154.º do CPC. Assim sendo, é essencial que o juiz demonstrasse, através de argumentos, que a aplicação da regra do 342.º do CC seria inadequada ao caso concreto, identificasse a dificuldade probatória da parte inicialmente onerada com o ónus da prova, bem como, as *melhores condições probatórias* da outra parte. E, assim, também aqui pensamos que, possam morar as dificuldades aludidas, mas neste caso transferidas para a esfera do julgador.

3. O mesmo se diga para a parte que pretendesse recorrer, e, assim, efetuar o controlo externo da decisão de distribuição dinâmica, nos termos do art. 630.º n.º 2 do NCPC.

²⁹⁹ V.g. JOSÉ BARBERIO, *Qué debe...*, (2008), cit., p. 104.

2.3.10. Dificuldade no alcance da igualdade material

1. O princípio da igualdade (na vertente) material é o principal fundamento e fim desta Teoria – decorrente da ideia de processo equitativo. Todavia, lembre-se que esta parte da necessidade de resolver dificuldades externas ao processo, porque quanto às internas pressupõe que já existam normas e opções que as acautelem.

Entre nós, o art. 4.º do NCPC³⁰⁰, que corresponde ao texto do anterior art. 3.º do CPC prevê 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 processuais ou de sanções processuais.”.

Ora, conhecendo as clássicas distinções das vertentes deste princípio³⁰¹, quanto a nós pensamos, que será preferível considerar que o princípio da igualdade vertido naquele preceito impõe apenas a correção de algumas posições de desigualdade, que se verifiquem no processo. Esta consideração é conciliável com o que já se disse anteriormente, e não colide com a imparcialidade do juiz.

Vejamos melhor.

Como ensina REMÉDIO MARQUES, há processos em que há desigualdade objetiva intrínseca das posições das partes.³⁰² Para este Autor, o obstáculo mais premente advém do facto de haver determinadas diferenças na posição processual das partes, que se torna difícil ou até impossível de erradicar, porque aquela é em muitos aspetos substancial e inevitavelmente distinta.³⁰³ A este respeito, enquanto o autor pode escolher o momento que mais lhe convenha para propor a ação, dentro da condicionante de ter um prazo para o fazer, ao réu não lhe assiste essa possibilidade; por seu turno, enquanto o réu para se defender pode, em limite, limitar-se a negar os factos, o autor tem de observar todos os pressupostos processuais exigidos pela Lei³⁰⁴.

³⁰⁰ É uma concretização do princípio da igualdade disposto nos artigos 13.º e 20.º da CRP, sendo que a igualdade a que alude a CRP é uma igualdade material (substancial) ideia que, claramente resulta da ideia de Estado de Direito, previsto no art. 2.º do mesmo diploma.

³⁰¹ Vide desenvolvidamente sobre esta temática GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, (2007), cit., pp 333 e seg.s..

³⁰² REMÉDIO MARQUES, *A ação...*, (2009), cit., p. 200.

³⁰³ Também neste sentido RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, *Noções...*, (2015), cit., pp. 44-45.

³⁰⁴ V.g. legitimidade, requisitos da petição inicial, etc.

Por outro lado, são vários os fatores de desigualdade extraprocessuais das partes, que o julgador pela natureza das coisas, não consegue (nem pode) remover totalmente. A saber, só aqueles que tenham reflexo no processo podem e devem ser acautelados, pois, no demais, como é consabido, o julgador não tem um deveres extraprocessuais. A este respeito, fica-se por uma aplicação tendencial deste princípio, procurando atenuar tais desigualdades, através de instrumentos legais. Assim, a paridade de armas que, tanto se auspícia só estará assegurada, sempre que não interfiram certos fatores externos de desigualdade.

Em suma, a Teoria não resolverá estes dois conjuntos de casos enunciados.

2. A Teoria encerra também em si, uma outra grande dificuldade no alcance da igualdade material, pois uma rigorosa ponderação das circunstâncias em que as partes se encontram deve ser feita pelo tribunal, ao confrontar a dificuldade da parte onerada com a maior facilidade da contraparte. E precisamente por isso, as desigualdades, essas que só em concreto se apuram, implicam uma análise da concreta dificuldade em causa, sob pena de se inverter a situação de desigualdade.

Contudo, dúvidas óbvias se levantam, pois tais desigualdades poderão não ser corrigidas por essa via, e dessa forma, a distribuição dinâmica causará um ónus excessivo à outra parte, pelo que, sob o pretexto de evitar injustiças, causará novas. Ou seja, a pretexto de auxiliar a parte mais fraca probatoriamente, coloca-a numa posição mais vantajosa, em prejuízo da outra.

Por outro lado, é um “pau de dois bicos”, porquanto o legislador, no outro extremo do problema, tem outra parte processual. E o Tribunal deve assegurar a igualdade formal, não podendo admitir à primeira articulados ou prazos suplementares, sob pena de se inverter a situação – o que como vimos poderia ter de suceder, prosseguindo a nossa posição do momento processual para a aplicação da Teoria.

3. E se se verificar a circunstância da dificuldade probatória relativamente a um facto ser equivalente para ambas as partes? Neste caso a Teoria não oferece uma solução operativa, porque não existe o critério da *melhor condição probatória*.

Tal é consentâneo com o facto da Teoria não dar resposta à dificuldade objetiva, apenas à subjetiva, pelo que, também aqui temos uma grande restrição ao âmbito do problema jurídico, a que propomos resolver.

4. Esta foi a última dificuldade que analisámos, mas não é menos importante. Consta-se que existe uma multiplicidade de inevitáveis fatores de desigualdade das partes, internos e externos ao processo, que o julgador, pela natureza das coisas, não pode remover. Trata-se de um princípio de aplicação tendencial, a todas as situações em que se mostre viável o tratamento materialmente igualitário, o que nem sempre sucederá, nos casos que configuram o nosso problema jurídico.

2.4. A Teoria resolve o problema mas “morreríamos da cura”

1. Existe um provérbio português que refere “não morre da doença, morre da cura”. Pensamos que tal sabedoria popular se aplica perfeitamente ao que vamos passar a afirmar.

À questão formulada: pode e deve o ordenamento jurídico português consagrar a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ónus da Prova, tendo em vista a adoção de uma solução complementar às normas previstas no Código Civil, que confira maior flexibilização àquelas, para acautelar os casos de comprovada dificuldade ou impossibilidade, objetiva e subjetiva, de produção da prova? Concluimos que pode, mas não deve.

Vejamos a súmula das nossas razões, refletidas em cada uma das dificuldades, atrás analisadas.

É difícil (para alguns impossível) formular um princípio geral, que nos dê, em todos os casos, a solução para as situações de dificuldade probatória, e, conseqüentemente, distribuição do ónus da prova, nessas circunstâncias.³⁰⁵ E, é consabidamente um dever dos operadores de direito, a busca pela efetividade do processo civil. Sucede porém que, prosseguir este objetivo, por via da importação de soluções contenderá com os princípios em vigor no nosso ordenamento, bem como com os instrumentos que este já oferece.

2. Começemos pelas dificuldades probatórias subjetivas.

³⁰⁵ Cfr. HELDER MARTINS LEITÃO, *Da instrução...*, cit., p.22, ensina que “tal como refere Chiovenda em *Institutiones*, seja qual for o princípio adotado, difícil será justificá-lo em termos plenamente satisfatórios. Isto porque, é difícil formular um princípio geral que nos dê, para todos os casos, uma solução para o magno problema de saber em qual das partes recai o ónus da prova”.

Com recurso a mecanismos de distribuição judicial, como o que a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova viabiliza, a produção de prova nos casos de dificuldade subjetiva seria facilitada, prometendo a tão almejada justiça, mas não a cumprindo.

Não se nega, todas as virtualidades apontadas ao longo deste trabalho, nem se deixa de reconhecer as eventuais fragilidades da distribuição estática do ónus de prova. Apenas se conclui que tais promessas não impressionam, tendo em conta os riscos e desvirtualidades decorrentes da integração da solução dinâmica, mesmo como regra excecional.

Note-se que não foi nossa pretensão analisar todos os princípios informativos do sistema probatório português, nem tão pouco o conseguiríamos fazer com aproveitamento útil para a presente dissertação. Assim, analisámos apenas os que são absoluta e incontornavelmente estruturantes para o raciocínio que trilhamos para o nosso trabalho. Sem os esgotar, mas tão-só do ponto de vista que também melhor serve o nosso estudo. Isto para dizer que, os defensores da Teoria escudam a sua aplicabilidade na necessidade de garantir o acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva, que por seu turno consagra o acesso ao direito e a um processo equitativo, onde seja observada a igualdade das partes e o direito à prova.³⁰⁶

Todavia, e porque os princípios coexistem no ordenamento jurídico, desenvolvemos, sob a forma de dificuldades, outros princípios e decorrências destes, que também devem ser acautelados – e no caso concreto prevalecer.

Além de que como se disse, a Teoria só dá resposta às dificuldades probatórias subjetivas, pelo que, assim ainda nos parece um sacrifício mais desproporcionado.

Ademais, e na nossa modesta opinião, ao contrário do que sucede no ordenamento argentino, brasileiro e espanhol, esta Teoria não corresponde a uma possibilidade implícita do nosso ordenamento processual, e que mesmo sem consagração legal expressa, os tribunais possam aplicar, por via de interpretação sistemática ou qualquer outra técnica. Aliás constatou-se que, ao contrário dos países que analisámos no capítulo anterior, não encontramos acolhimento jurisprudencial, ou até relevante apoio doutrinário.

³⁰⁶ Vide ponto 1.2., da seção II, do capítulo I.

3. No tocante às dificuldades probatórias objetivas, como já se referiu várias vezes, a Teoria não dá resposta.

Contudo, a este respeito, desde a seção II do capítulo I, que vimos a dizer que o legislador português não foi insensível, nem a este tema, nem às áreas de reconhecida dificuldade probatória. Aliás, o nosso Código Civil prevê, além da regra geral, regras especiais e casos de inversão – que, em princípio, resolvem uma boa parte das situações de dificuldade probatória objetiva -, porquanto ao contrário de outros sistemas nós não temos só uma regra geral que distribua o ónus da prova. Paralelamente estão previstas também presunções legais e soluções de equidade.

Todavia, como se constatou, pensamos que, cada vez mais, irão surgir situações de dificuldade probatória. O Direito está em permanente evolução, surgindo novas áreas de direito, a acompanhar as novas relações e situações, que exigem regulação, e é necessário encontrar uma solução para flexibilizar as dificuldades também neste campo.

4. Concluída a análise crítica da Teoria deparámo-nos com uma solução a não adotar.

Feito o balanço entre as vantagens e as desvantagens, concluímos que é preferível a sua não adoção. Ou seja, a Teoria tal como está concebida, com as dificuldades que apresenta não deve ser importada para o nosso processo declarativo.

Todavia, se fruto de um futuro interesse doutrinário, e, à semelhança do que se verificou em outros ordenamentos, a doutrina procurar superar todas as dificuldades, consideramos que a mesma pode resolver as dificuldades subjetivas.

Ora, isto poderia levar-nos a considerar que o nosso trabalho não foi produtivo, Contudo, consideramos que foi, parece-nos tão válido encontrar uma solução para o problema jurídico, como eliminar uma solução apontada. Trata-se, a nosso ver, da exclusão de um dos caminhos possíveis para ultrapassar o problema analisado. É este o nosso modesto contributo.

5. Concluiu-se pela manutenção das nossas regras de repartição do ónus da prova, atentas as implicações negativas que a Teoria acarretaria, face às vantagens. Todavia, o nosso processo declarativo pode ser melhorado.

Vejamos o que tem sido feito e o que pode ser melhorado.

3. Caminho a seguir

1. O legislador português, a par da consciencialização estrangeira, e sobretudo por influência legislação comunitária como se verá, não foi, nem tem sido indiferente ao problema abordado no presente trabalho. Verifica-se que, além das normas já analisadas de casos especiais e de inversão, das presunções legais e da consagração do princípio da aquisição processual, aquele tem empreendido esforços no sentido de estabelecer soluções, perante a constatação de casos de grande dificuldade objetiva de produção da prova.

Todavia, tal como fizemos referência na segunda seção do primeiro capítulo, trata-se de formas de evitar o *non liquet* ou de obstar à aplicação das regras de ónus da prova, e não de flexibilizar aquelas regras. E tal pode não ser (e não é) tão ambicioso como a adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus de Prova. Contudo, no caso concreto, em comparação com esta solução de flexibilização, objeto desta dissertação, reúne mais segurança e eficácia jurídica.

Isto para dizer que, quanto a nós consideramos que, até encontrarmos uma solução mais garantística para o problema jurídico suscitado, o caminho passará pela facilitação da produção da prova, pelo legislador, de modo geral e abstrato, através da consagração pontual de normas que operem aquela facilitação, sempre que identifique num diploma, que existe uma necessidade de alterar o(s) preceito(s) que regula(m) o ónus da prova, tendo em vista ultrapassar as dificuldades probatórias.

Referimo-nos a alterações, mas tal solução pode suceder aquando da regulação de uma nova área, logo aquando da elaboração do diploma. Através da criação de normas que procurem facilitar a distribuição, porquanto se antevê as dificuldades de que falámos.

O que no fundo é subscrever o que tem vindo a ser feito em Portugal, no campo das dificuldades probatórias objetivas. Contudo, convenhamos que, procurando superar as dificuldades objetivas, em grande parte são evitadas as dificuldades subjetivas, como as dificuldades técnicas. Embora, como sempre afirmámos, tal não chega.

2. No tocante às dificuldades subjetivas em concreto, achamos que até que se encontre uma melhor solução – nomeadamente a adoção da Teoria, nos termos que propusemos no ponto anterior – terá de passar por medidas que evitem que as diferenças extraprocessuais das partes, influam no processo, e apenas nessa medida.

3.1. Superação das dificuldades subjetivas

Antes de mais, mesmo sem qualquer alteração legislativa, elenquemos duas valências do nosso ordenamento, que contribuem para atenuar as dificuldades probatórias subjetivas.

3.1.1. Livre apreciação da prova

O princípio da livre apreciação da prova, a que alude o art. 607.º do NCPC contrapõe-se ao da prova legal, e traduz-se no facto de as provas serem livremente valoradas, sem se verificar uma hierarquia. Ou seja, o Tribunal julga segundo a sua própria convicção, fazendo uma livre apreciação dos elementos de prova, tendente a alcançar uma solução justa.

Assim, o Tribunal poderá considerar na própria avaliação da prova, as dificuldades de uma das partes e, quando tal se verificar, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto.³⁰⁷

Tal não se confunde com uma análise arbitrária dos elementos probatórios pelo juiz, mas é certo que, além das exceções legais³⁰⁸ que obviamente lhe reduz o campo de aplicação, o nível de consagração do princípio não nos permite ir mais longe do que acabou de se explanar. A ser assim, não consideramos tratar-se propriamente de uma solução que resolva com propriedade o problema jurídico levantado.

3.1.2. Presunções judiciais

1. ELISABETH FERNANDES escreveu que de *iure constituto* prefere que face às descritas dificuldades probatórias e à proibição de *non liquet*, os Tribunais possam admitir uma atenuação do grau de prova exigível ao onerado, através do recurso à prova por presunção judicial. Nas palavras desta Autora, introduzir-se-ia um fator corretivo da distribuição das cargas probatórias: o Tribunal nestes casos formaria a sua convicção de

³⁰⁷ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, ...*, (1995), pp. 236 e segs.s.

³⁰⁸ Este princípio cede perante prova por confissão, presunções *iuris tantum*, prova por documentos autênticos, autenticados e particulares reconhecidos.

modo indireto³⁰⁹, através de factos indiciários, em que com recurso às máximas da experiência, presumia a verificação de um facto – presunção judicial.³¹⁰ A ser assim, também aqui o ónus da prova seria facilitado, porquanto permite construir uma relação entre o facto conhecido, que é a base da presunção (construídas por regras da experiência) e um facto desconhecido, que será o presumido.

Em Portugal, as presunções judiciais apenas são admitidas nos casos em que também o são a prova testemunhal – art. 352.º do CC -, mas a ilustre Autora encontra suporte para legitimar este caminho, na nova redação do artigo 607.º n.º 4 do CPC, onde dispõe (negrito nosso):

“Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e **extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.**” (negrito nosso)

2. Acompanhamos a Autora no que respeita a esta solução de recurso à presunção judicial ser mais garantística do princípio da segurança jurídica, sem descurar (bem pelo contrário) o fim da procura da verdade material. Todavia, consideramos que o artigo 607.º n.º 4 CPC não vem esvaziar de sentido o art. 352.º do CC, pelo que, aquele dever conferido ao aplicador do direito cinge-se aos casos permitidos por esta norma. Esta prova *prima facie* é, por exemplo, utilizada virtuosamente em casos de prova do nexo de causalidade e negligência em ações de responsabilidade.

3.1.3. Outras formas de atenuar as desigualdades subjetivas

Antes de mais, relembre-se que, aqui estão em causa desigualdades probatórias entre as partes, decorrentes de fatores externos ao processo. Onde, o limite de intervenção do julgador nestas será sempre para efeitos do próprio processo. No demais

³⁰⁹ Segundo FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *A prova...*, (2011), cit., p 74, a prova é direta ou indireta, conforme se ofereça a contacto imediato ou não com o julgador.

³¹⁰ ELISABETH FERNANDES, *A prova difícil*, (2013), pp. 26-27.

são preocupações de outros órgãos do Estado. Em suma, trata-se apenas de apartar para dentro do processo a igualdade de armas dos litigantes.

Vejamos a nossa proposta, por área.

1. Em caso de desigualdade técnica, o juiz e as partes podem socorrer-se da prova pericial. Se a prova exigir um tal grau de especialização ela poderá ser feita através de pessoas com especiais conhecimentos na respetiva área do saber. ANTUNES VARELA entende a este respeito que além da perspectiva dos factos, os peritos podem convocar também a apreciação e valoração dos mesmos.³¹¹

2. Em caso de desigualdade de meios económicos atualmente prevê-se que pode haver lugar a apoio judiciário, nas suas várias modalidades – v.g. dispensa de honorários de advogados, dispensa (total ou parcial) do pagamento das taxas de justiça devidas ou custas.³¹² Excecionalmente ainda poderá verificar-se a redução ou dispensa da aplicação de multas (145.º n.º 7 CPC).³¹³

Todavia, nada obsta a que o legislador procure encontrar, nesta linha, outras soluções, isto é, prevendo novas formas de apoio – embora não consigamos visualizar facilmente nenhuma.

3. No demais, o legislador poderá, na mesma linha de raciocínio, encontrar soluções que permitam atenuar, as diferenças subjetivas e extraprocessuais dos pleitantes, desde que, tendo em vista conferir mais equilíbrio entre as partes, para efeitos do processo.

3.2. Distribuição do ónus da prova em áreas de reconhecida dificuldade probatória

Vejamos agora como andou (e bem) o legislador, naquelas que são consideradas como áreas onde consabidamente existem maiores dificuldades (objetivas) de produzir prova.

³¹¹ ANTUNES VARELA, *Manual...* (1985), cit., p. 576.

³¹² Sobre esta medida como cumprimento do princípio da igualdade material *vide* MANUEL DE ANDRADE, apêndice ponto IV.

³¹³ Cfr. REMÉDIO MARQUES, *A ação...*, (2011), cit., p. 200.

3.2.1. Direito do Trabalho

1. PAULO DE CARVALHO escreveu que as regras de ónus da prova estão pensadas para litigantes numa situação de paridade de armas, com os mesmos direitos e deveres, o que consabidamente não sucede em Direito do Trabalho.³¹⁴

Não seguimos exatamente as palavras daquele Autor, por tudo o que já se disse acerca disso no primeiro capítulo, mas concordamos que neste ramo, existe potencialmente uma desigualdade real e efetiva das partes, que esteve presente no pensamento do legislador, e, por isso, ainda hoje, verificável na *ratio* de várias soluções da legislação laboral.^{315 316}

2. O artigo 12.º do CT³¹⁷ configura uma das disposições mais importantes no Direito do trabalho, ao prever a presunção³¹⁸ de contrato de trabalho.

A este respeito, regra geral cabe ao trabalhador fazer prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho, por aplicação do disposto no art. 342.º n.º 1 do CC. Contudo, conforme ensina ROMANO MARTINEZ, a prova destes elementos é muitas vezes difícil, pelo que, para obviar a tal dificuldade recorreu-se a esta norma.³¹⁹

Os cinco requisitos constantes das alíneas deste artigo correspondem aos indícios que a jurisprudência normalmente recorre para qualificar o contrato de trabalho – o designado método indiciário.³²⁰ Com esta norma facilita-se a tarefa probatória de demonstrar que a relação jurídica em causa configura um vínculo de trabalho subordinado, desde que (em teoria³²¹) estejam verificadas duas das alíneas.

³¹⁴ Cfr. PAULO DE CARVALHO, *Ónus da prova em caso de discriminação*, 2015, p.109.

³¹⁵ Cfr. OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O direito...*, (2005), cit., p. 350, o Direito do Trabalho é direito privado especial, que nome da proteção conferida aos trabalhadores, especializou os princípios gerais, sobretudo de Direito das Obrigações, no âmbito das relações de de trabalho subordinado.

³¹⁶ Para uma evolução legislativa detalhada *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, tomo I, (2005), cit., pp. 181-195.

³¹⁷ O n.º 1 dispõe que “presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre a pessoa que presta uma actividade e outra ou outras que dela beneficiam, se verificarem algumas das seguintes características: a) A actividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da actividade; c) O prestador de actividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; d) Seja paga, com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de actividade, como contrapartida da mesma; e) O prestador de actividade desempenhe funções de direcção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.”

³¹⁸ LUÍS GONÇALVES DA SILVA et al, *Código...*, (2016), cit., p. 131 não considera tratar-se de uma presunção em sentido técnico-jurídico (art. 349.º do CC).

³¹⁹ Cfr. ROMANO MARTINEZ et al, *Código do trabalho anotado*, 10ª ed., 2016, p.128, em anotação ao artigo 12.º.

³²⁰ *Vide* ac. TRP, de 21-11-2005, n.º proc. 0513384, relator FERREIRA DA COSTA.

³²¹ *Vide* MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho*, 2012, 3ª ed., p. 121.

Com o desiderato de combate ao trabalho dissimulado³²², o legislador simultaneamente facilitou as dificuldades probatórias, que se verificavam em sede de qualificação do contrato de trabalho.

3. O artigo 25.º n.º 5 do Código do Trabalho (CT) prevê que:

“Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação.”.

Neste caso, embora alguma doutrina³²³ defenda tratar-se de uma situação de inversão do ónus da prova, acompanhamos os autores³²⁴ que apontam este preceito como uma ferramenta de facilitação da prova, ou seja, uma norma de repartição.

4. Trata-se de situações que vão no sentido do princípio *favor laboratoris* ou do tratamento mais favorável ao trabalhador.³²⁵ E que inegavelmente permitem atenuar as dificuldades probatórias objetivas.

3.2.2. Direito Fiscal

1. Nesta sede, a regra nuclear reside no artigo 74.º da Lei Geral Tributária (LGT), que sob a epígrafe “Ónus da prova” dispõe:

“1 - O ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque.

2 - Quando os elementos de prova dos factos estiverem em poder da administração tributária, o ónus previsto no número anterior considera-se satisfeito caso o interessado tenha procedido à sua correcta identificação junto da administração tributária.

3 - Em caso de determinação da matéria tributável por métodos indirectos, compete à administração tributária o ónus da prova da verificação dos

³²² Os designados “falsos recibos verdes”.

³²³ Vide TERESA MOREIRA, *O Ónus da Prova em caso de discriminação, Igualdade e não discriminação*, 2013, p.113. e MANUELA FIALHO, *Igualdade no Trabalho, Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 76/78, Jan/Dez. 2007, pp. 99 e seg.s.

³²⁴ Vide PAULO DE CARVALHO, *Ónus...*, (2015), cit., pp.120-122. No mesmo sentido ALCIDES MARTINS, *Direito do processo laboral*, 2ª ed., 2015, pp. 241-242.

³²⁵ Vide sobre este assunto BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Direito do Trabalho*, 2011, p. 282.

pressupostos da sua aplicação, cabendo ao sujeito passivo o ónus da prova do excesso na respectiva quantificação.”.

Antes de mais, e com interesse para este trabalho, lembre-se que o procedimento gracioso e o contencioso tributário são dominados pelo princípio do inquisitório, isto é, a Administração Tributária (AT), na primeira, e o Tribunal, na segunda, devem encetar todas as diligências probatórias à prossecução e alcance do interesse público na descoberta da verdade material – art. 58.º da LGT e 266.º da CRP.³²⁶ Não obstante o que se acabou de dizer, adiante-se e esclareça-se que também os particulares são onerados com a demonstração de determinados factos, sob pena de, não sendo essa prova suprida pela atividade inquisitória da AT, ter-se o facto por não verificado.³²⁷

2. A norma do n.º 1 configura uma regra idêntica à prevista no n.º 1 do 342.º do CC, porquanto a prova dos factos constitutivos dos direitos da AT ou dos contribuintes recairá sobre quem os invoque. Mas se dúvidas tivéssemos, ELISABETE LOURO MARTINS afirma que o artigo 74.º n.º 1 da LGT constitui uma transposição do mencionado artigo do CC, devendo a parte contra quem é invocado o direito, lograr provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos.³²⁸ Por exemplo, tendo por base os atos tributários, caberá à AT provar os factos que sustentam a liquidação (salvo se resultar de declaração do contribuinte), e ao contribuinte provar a caducidade, prescrição ou o pagamento.³²⁹

A ser assim, em caso de dúvida sobre a classificação de um facto, a mesma será resolvida por via do artigo 342.º n.º 3 do CC.

3. O n.º 2 do preceito, na esteira do princípio da economia processual, determina que quando os elementos de prova dos factos estiverem em poder da AT, o contribuinte

³²⁶ A mesma solução é consagrada no Direito Administrativo, por via do artigo 58.º do CPA, onde se dispõe: “O responsável pela direção do procedimento e os outros órgãos que participem na instrução podem, mesmo que o procedimento seja instaurado por iniciativa dos interessados, proceder a quaisquer diligências que se revelem adequadas e necessárias à preparação de uma decisão legal e justa, ainda que respeitantes a matérias não mencionadas nos requerimentos ou nas respostas dos interessados.”.

³²⁷ JOSÉ MARIA FERNANDES PIRES *et al*, *Lei geral tributária comentada e anotada*, 2015, p. 815.

³²⁸ ELISABETE LOURO MARTINS, *O ónus da prova no direito fiscal*, Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. SALDANHA SANCHES, v. V, p. 256.

³²⁹ Vejam-se o acórdão sobre liquidação do IVA - ac. do TCAN, de 14-07-2016, proc. n.º 01323/05.8BEVIS, relatora PAULA MOURA TEIXEIRA.

desonera-se de proceder à sua correta identificação, porquanto possibilita-se a verificação do facto invocado³³⁰.

4. O n.º 3 da norma opera uma repartição especial do ónus probatório para as situações de determinação da matéria tributável por métodos indiretos. Nestes casos compete à AT o ónus da prova da verificação dos pressupostos da sua aplicação (cfr. artigos 87.º e 88.º, ambos da LGT), e ao contribuinte o ónus da prova do excesso na respetiva quantificação, nos termos do artigo 100.º do CPPT.

5. Também em sede de Direito Fiscal parece-nos que existe uma preocupação legislativa com a dificuldade probatória, mormente a relação contribuinte-Administração Tributária. Exemplificativo disso é a particularidade que encontramos para a apreciação da prova no artigo 75.º da LGT, onde a Lei consagrou uma presunção de veracidade a favor dos contribuintes.³³¹

3.2.3. Responsabilidade contratual e extracontratual

3.2.3.1. Generalidades

Em sede de responsabilidade civil, enquanto que no tocante aos requisitos, não existe muita diferença entre os dois tipos de responsabilidade que se analisará, o mesmo não sucede quanto à prova da culpa.³³²

1. Se a responsabilidade civil se colocar no âmbito de uma relação contratual, a responsabilidade diz-se contratual ou obrigacional. De acordo com a regra geral, caberia ao que invoca um direito provar os factos constitutivos do seu direito, e à parte contrária, o cumprimento da obrigação, como facto extintivo. Sucede porém que, a

³³⁰ O mesmo sucede no artigo 116.º n.º 2 do Código de Processo Administrativo, a saber: “ Quando os elementos de prova dos factos estiverem em poder da Administração, o ónus previsto no número anterior considera-se satisfeito desde que o interessado proceda à sua correta identificação junto do responsável pela direção do procedimento.”

³³¹ O n.º 1 daquele preceito prevê que “Presumem-se verdadeiras e de boa-fé as declarações dos contribuintes apresentadas nos termos previstos na lei, bem como os dados e apuramentos inscritos na sua contabilidade ou escrita, quando estas estiverem organizadas de acordo com a legislação comercial e fiscal, sem prejuízo dos demais requisitos de que depende a dedutibilidade dos gastos.”

³³² Ac. do STJ, de 02-23-2012, proc. n.º 1674/07.7TVLSB.P1.S1, relator TÁVORA VICTOR.

prova da culpa está regulada no art 799.º n.º 1 do CC, e, a mesma prevê que, cabe ao lesante provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não resulta de culpa sua, e não ao lesado. Nestes casos, presume-se a culpa.³³³

2. Já se a responsabilidade surgir fora do âmbito de uma relação de natureza obrigacional, denomina-se extracontratual ou aquiliana. Esta encontra-se prevista no artigo 483.º n.º 1 (salvo n.º 2) e 487.º ambos do CC, e a culpa surge como facto constitutivo que cumpre ao lesado provar.³³⁴

4. A responsabilidade pré-contratual não apresenta nenhuma inovação, e de acordo com a doutrina seguirá o *supra* regime que se defenda para esta.

5. ROMANO MARTINEZ³³⁵, ensina que esta distinção bi ou tripartida já não faz sentido na atualidade. A distinção hodierna teria a ver com diferentes graus de perigosidade. Antes prefere proceder a uma distinção com base em pequenos núcleos de responsabilidade. Começamos com a médica, e só adiante veremos a do produtor, porquanto se relaciona com a tutela do consumidor.

3.2.3.2. Responsabilidade civil médica

1. A questão que se impõe levantar primeiramente é a seguinte: a responsabilidade civil médica configura responsabilidade civil contratual ou extracontratual?

Subjacente a esta questão, encontra-se uma discussão sobre a natureza da obrigação médica: obrigação de resultado ou de meios. Segundo LUÍS FILIPE SOUSA normalmente os atos médicos que visam, não a cura do doente, mas a melhoria do seu aspeto físico, estético ou transformação biológica, a obrigação do médico é de resultado, porquanto a prestação do médico visa unicamente a obtenção de um resultado

³³³ RUI RANGEL, *O ónus*, (2000), cit., p.162.

³³⁴ RUI RANGEL, *O ónus...*, (2000), cit., p.174

³³⁵ ROMANO MARTINEZ, *Elementos de estudo de direito das obrigações*, p. 86.

específico.^{336 337} De acordo com esta lógica, nos demais atos médicos seria obrigação de meios.

2. Qual a relevância do que se disse para a repartição do ónus da prova?

Nos casos de responsabilidade civil contratual é aplicável o disposto no artigo 799.º do CC, em que cumpre ao médico fazer a prova de que o facto ilícito não advém de culpa sua, ou seja, o paciente está desonerado de provar a culpa do médico, desde que preencha os demais pressupostos da responsabilidade civil, a saber: dano, nexo de causalidade e facto ilícito.

Contudo, diversas vezes a relação que se estabelece entre paciente e médico não se enquadra na responsabilidade contratual, nomeadamente quando a relação se estabelece por intermédio do Sistema Nacional de Saúde. Neste caso o paciente terá de fazer prova de todos os pressupostos da responsabilidade civil.

Ainda no âmbito da responsabilidade extracontratual existe um artigo que configura uma circunstância excepcional, em que é atribuído ao médico o encargo de provar que o facto ilícito não provém de culpa sua – art. 493.º n.º 2 do CC. Contudo, o mesmo só se aplica às eventuais práticas no quadro de uma atividade perigosa, cujo âmbito se revela muito difícil de determinar.

3. A aplicação do 799.º do CC salvaguarda as dificuldades probatórias dos pacientes. Não obstante, a maioria da doutrina e jurisprudência em Portugal, entende que o médico, em regra, não tem qualquer obrigação de resultado, e, nesse caso, a apreciação do ónus da prova seria feita à luz do regime da responsabilidade extracontratual.

4. Segundo ANA PATRÍCIA LOPES, defensora da aplicação da Teoria em Portugal, de acordo com o sistema de cargas probatórias fixas podemos configurar três cenários: i) o paciente prova os factos que alega e que são constitutivos do seu direito (tem de provar os pressupostos da responsabilidade civil) e ganha a ação; o paciente beneficia de uma das circunstâncias que permitem inverter o ónus da prova, como é o

³³⁶ LUÍS FILIPE SOUSA, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)*, Revista do CEJ, 2.º semestre 2011, n.º 16, p. 68.

³³⁷ Neste tipo de prestações assume uma enorme relevância o consentimento informado do paciente, *vide* a este respeito ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra Editora, 2004.

caso das presunções e, admitindo que não existem problemas de prova para além da questão da culpa, ganha a ação; ou, não se verificando nenhum dos cenários anteriores, a ação destina-se ao fracasso.³³⁸ Tal raciocínio parece-nos um pouco exagerado.

A este respeito, MANUEL ROSÁRIO NUNES³³⁹ reclama uma solução de inversão do ónus da prova da culpa a favor do paciente, porquanto, na generalidade dos casos, o paciente não detém conhecimentos que lhe permitem aferir do procedimento médico.

Por seu turno, TEIXEIRA DE SOUSA critica a tese da presunção de culpa do médico, por considerar que ”a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual.”³⁴⁰

5. Na nossa modesta opinião, também aqui o legislador procurou dar resposta às dificuldades probatórias objetivas – ainda que menos significante que nos ramos anteriores - através da consagração de presunções legais que dispensam a prova dos factos presumidos. Não só através do regime da responsabilidade contratual, como no caso da presunção de culpa no exercício de atividades perigosas prevista no artigo 493.º n.º 2 do CC. Além da faculdade de o julgador lançar mão da equidade em casos de prova difícil ou mesmo impossível³⁴¹ ou recorrer à prova *prima facie*.

Bem sabemos que nesta área apenas se verifica uma facilitação ao nível da prova do requisito da culpa, e, num caso, da ilicitude. Contudo, não podemos deixar de considerar que o legislador teve atento às dificuldades probatórias.³⁴²

Como refere LUÍS FILIPE SOUSA³⁴³ são mecanismos simplificadores da atividade probatória. A saber critérios corretores da desigualdade processual entre o paciente e o médico, permitindo que o juiz – com recurso a um raciocínio dedutivo – se

³³⁸ ANA PATRÍCIA LOPES, *A distribuição...*, (2014), cit., p. 152.

³³⁹ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, 2ª ed., 2007, p. 33.

³⁴⁰ TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, 1988, p. 132-137.

³⁴¹ V.g. no que respeita à avaliação de danos patrimoniais – art. 496.º n.º 3 do CC.

³⁴² Aliás existiu, na linha do que se fez para o produtor, uma proposta de Diretiva, por parte do Conselho de Ministros da União Europeia, na sequência da reunião daquele em 9-11-1989, que visava versar sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços médicos, prevendo uma responsabilidade baseada na culpa, com inversão do ónus da prova. Esta iniciativa, não logrou passar disso mesmo, face às críticas de que foi alvo pelo Comité Económico e Social, Comissão Jurídica do Parlamento Europeu e especialistas da área. Para mais desenvolvimentos, *vide* MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O ónus...*, (2007), cit., p.84.

³⁴³ LUÍS FILIPE DE SOUSA, *O ónus...*, (2011), cit., p. 77.

convença da verificação de certos pressupostos fundadores da responsabilidade civil, designadamente da culpa e do nexó de causalidade.

3.2.4. Direito do Consumo

3.2.4.1. Generalidades

1. O Código Civil não se ocupou diretamente deste tipo de responsabilidade, e existe uma panóplia de diplomas avulsos nesta matéria.

A este respeito, o ponto de partida é sempre a Lei n.º 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor), que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores.^{344 345}

No artigo 9.º-A deste diploma, sob a epígrafe “Pagamentos adicionais” dispõe o seu n.º 4 que:

“Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços provar o cumprimento do dever de comunicação estabelecido no n.º 2”.

O n.º 2, por sua vez, prevê que:

“A obrigação de pagamentos adicionais depende da sua comunicação clara e compreensível ao consumidor, sendo inválida a aceitação pelo consumidor quando não lhe tiver sido dada a possibilidade de optar pela inclusão ou não desses pagamentos adicionais”.³⁴⁶

No mesmo sentido, o artigo 9.º-B (“Entrega dos bens”) n.º 9 prescreve que:

“Incumbe ao fornecedor de bens a prova do cumprimento das obrigações estabelecidas no presente artigo.”³⁴⁷

³⁴⁴ Revogando a Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, que constituiu a primeira tentativa de sistematizar e ordenar os direitos dos consumidores, por inspiração da Carta do Conselho da Europa sobre a Proteção do Consumidor (Resolução n.º 543 de 17 de maio de 1973).

³⁴⁵ Para uma evolução legislativa detalhada *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado....*, (2005), cit., pp. 202-208.

³⁴⁶ O n.º 5 do mesmo preceito alarga o âmbito a vários negócios “O disposto no presente artigo aplica-se à compra e venda, à prestação de serviços, aos contratos de fornecimento de serviços públicos essenciais de água, gás, eletricidade, comunicações eletrónicas e aquecimento urbano e aos contratos sobre conteúdos digitais.”

³⁴⁷ Vejam-se os restantes números: “1 - O fornecedor de bens deve entregar os bens na data ou dentro do período especificado pelo consumidor, salvo convenção em contrário. 2 - Na falta de fixação de data para a entrega do bem, o fornecedor de bens deve entregar o bem sem demora injustificada e até 30 dias após a celebração do contrato. 3 - A entrega dá-se quando o consumidor adquira o controlo ou a posse física do bem. 4 - Não sendo cumprida a obrigação de entrega dos bens na data acordada ou no prazo previsto no n.º 2, o consumidor tem o direito de solicitar ao fornecedor de bens a entrega num prazo adicional

2. Como se pode verificar pelas normas citadas há uma clara preocupação do legislador com a distribuição do ónus da prova, atribuindo-o, nas circunstâncias potencialmente mais difíceis de provar, ao fornecedor. O que é ilustrativo da tentativa de resolver as dificuldades objetivas dos consumidores.

E para que ao contrato de compra e venda seja aplicável o regime jurídico específico da venda de bens de consumo, apenas se exige a prova pelo comprador, desde logo, de que o adquirente tem a qualidade de consumidor.

3.2.4.2. Responsabilidade do produtor

1. Não se estranhe o tratamento desta matéria nesta sede, uma vez que a responsabilidade do produtor está intimamente relacionada com a proteção do consumidor.

O DL n.º 67/2003, de 08 de abril, que regula a Venda de Bens de Consumo e das Garantias a ela Relativas operou a transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio. Esta diretiva teve por objetivo a aproximação das disposições dos Estados membros da União Europeia sobre certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Este DL alterou a mencionada Lei de Defesa do Consumidor, mas procurou evitar que a transposição da diretiva pudesse ter como consequência a diminuição do nível de proteção já reconhecido entre nós ao consumidor. Assim, as soluções previstas na Lei n.º 24/96, de 31 de julho, mantiveram-se, mas passou a prever-se no art. 12.º n.º 2 que o “produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei.”.

adequado às circunstâncias. 5 - Se o fornecedor de bens não entregar os bens dentro do prazo adicional, o consumidor tem o direito de resolver o contrato. 6 - O consumidor tem o direito de resolver imediatamente o contrato sem necessidade de indicação de prazo adicional nos termos do n.º 4, se o fornecedor não entregar os bens na data acordada ou dentro do prazo fixado no n.º 2 e ocorra um dos seguintes casos: a) No âmbito do contrato de compra e venda, o fornecedor de bens se recusa a entregar os bens; b) O prazo fixado para a entrega seja essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato; ou c) O consumidor informe o fornecedor de bens, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data é essencial. 7 - Após a resolução do contrato, o fornecedor de bens deve restituir ao consumidor a totalidade do montante pago até 14 dias após a referida resolução. 8 - Em caso de incumprimento do disposto no número anterior, o consumidor tem o direito à devolução em dobro do montante pago, sem prejuízo da indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais a que haja lugar. “.

Assim, uma inovação bastante significativa consiste na consagração da responsabilidade direta do produtor perante o consumidor. Nesta solução estende-se a responsabilidade pelos defeitos ao produtor. Essa responsabilidade já se encontrava prevista no Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de novembro, que estabelece um regime de proteção do comprador que já existia em vários países europeus. Aliás a própria diretiva que o DL transpõe também dá-nos conta disso. E quando a norma prevista no art. 12.º refere “nos termos da lei” é precisamente para o DL 383/89, de 6 de novembro que está a remeter.³⁴⁸

2. Ora, em matéria de responsabilidade do produtor, a dificuldade ou a impossibilidade de estabelecer a negligência do fabricante, durante o processo de fabrico, levou o legislador comunitário a desenhar um regime de responsabilidade objetiva, independente da culpa. A ser assim, entre nós o DL n.º 383/89, de 06 de novembro estabelece o regime da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos e transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 85/374/CEE, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

No artigo 1.º consagra-se a responsabilidade objetiva do produtor, desenvolvida nas normas sucessivas³⁴⁹. É a solução preconizada pela doutrina³⁵⁰ como a mais adequada à proteção do consumidor na produção técnica moderna, em que perpassa o propósito de alcançar uma justa repartição de riscos e um correspondente equilíbrio de interesses entre o lesado e o produtor.

A motivação para esta solução explica-nos MANUEL ROSÁRIO NUNES, a propósito da confrontação com as ações de responsabilidade civil por atos médicos, é a seguinte: “confrontando-se com uma situação – o produto defeituoso – que, de acordo com a experiência da vida e o curso normal das coisas, faz deduzir com toda a probabilidade que algo tenha falhado, sem poder contudo identificar o sujeito que terá contribuído para a produção do bem ou a quem o defeito é imputável em termos de cumprimento do dever de organização produtiva e daí a presunção de que o defeito se deveu a culpa do produtor.”³⁵¹

³⁴⁸ Ac. do TRC, de 01-03-2016, proc. n.º 1684/08.7TBCBR.C1, relator JORGE ARCANJO.

³⁴⁹ Ou seja, o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação.

³⁵⁰ Neste sentido, JOSÉ LUIS RAMOS, *O ónus da prova nas ações de responsabilidade civil do produtor*, Revista Jurídica n.º 22, março, 1998, pp. 22-23.

³⁵¹ MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus...*, (2007), *cit.*, p.62.

Neste regime a prova do defeito - tal como do dano e do nexo de causalidade entre aquele e este - cabe ao lesado, mas este já não precisa de demonstrar a existência do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi posto por este em circulação.³⁵² Esta existência é presumida por Lei, cabendo ao produtor ilidi-la, convencendo o Tribunal da probabilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação.³⁵³

3. Segundo ROMANO MARTINEZ o DL n.º 383/89 não veio substituir os regimes de responsabilidade civil existentes, antes se pode cumular com a responsabilidade delitual ou contratual. De facto, o diploma não afasta a responsabilidade decorrente de outras disposições legais (art. 13º, nº 1), significa que não revogou o direito comum, antes o complementa, assegurando uma maior eficácia na proteção do consumidor.

Não obstante, a referida Diretiva e o aludido Decreto-Lei apenas se reportam à venda de bens de consumo. Aplicando-se apenas quando o comprador seja consumidor, ficando excluídos todos os consumidores que sejam pessoas coletivas, bem como as pessoas singulares que atuem no âmbito da sua atividade profissional.

4. Tal como refere JOSÉ LUÍS RAMOS, a presunção desempenha um particular relevo na proteção do consumidor, nomeadamente porque a crescente complexidade da cadeia produtiva veio demonstrar que a responsabilidade fundada na culpa não consegue dar resposta ao dano causado ao consumidor.³⁵⁴

3.2.4.3. Homebanking

1. No Direito Bancário (ramo do Direito Comercial) assiste-se a uma especial proteção do consumidor. No tocante às regras sobre o ónus da prova, na falta de legislação especial, aplica-se o disposto no Código Civil. Contudo, também nesta sede existe vária regulação avulsa.

³⁵² Cfr. ac. do TRC, de 27-05-2014, processo n.º 544/10.6TBCVL.C, relator HENRIQUE ANTUNES.

³⁵³ Ac. do STJ, de 09-09-2010, processo n.º 63/10.0YFLSB, relator SERRA BAPTISTA, e ac. do TRC, de 02-10-2001, processo n.º 1144/2001, relator MONTEIRO CASIMIRO.

³⁵⁴ JOSÉ LUÍS RAMOS, *O ónus...*, (1998), cit., p.22.

2. HUGO LUZ DOS SANTOS a propósito da análise que faz do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-12-2013, relator Ana Paula Boularot, sobre *Homebanking* refere que “na verdade, esse aresto jurisprudencial constitui mesmo um tournant em sede de ónus probatório, no que tange, concretamente, ao mundo (novo) do homebanking, ao abrir a porta **(ainda que, em momento algum, tenha sido asseverado pelo aresto)** à doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova, que constitui um claro desvio à teoria das normas entronizada pela doutrina alemã (ROSENBERG), e cuja densificação se mostra vertida no direito probatório material português, mais concretamente no artigo 342.º e seguintes do Código Civil.”³⁵⁵ - **(negrito nosso)**.

Procurando contextualizar, a ação foi proposta por ter ocorrido um débito desconhecido na conta da Autora, pois esta teria efetuado operações bancárias naquela que pensava ser a página do Réu, tendo-lhe sido pedidas coordenadas, ao que aquela acedeu, sem se dar conta que estava afinal numa página falsa. Ora, como referiu o STJ põe-se como problema a resolver saber se sobre o réu/recorrente impende a responsabilidade pela transferência fraudulenta dos fundos da conta da autora. Todavia, a resposta está na legislação, que regula que os riscos da falha do sistema informático utilizado, bem como dos ataques cibercriminosos ao mesmo, têm de correr por conta do réu, nos termos do artigo 796.º, n.º 1 do CC.

Contudo a questão a que HUGO LUZ DOS SANTOS se dedicou foi a de saber sobre quem recai o ónus de prova de que as operações não foram afetadas por avarias técnicas ou outras dificuldades? A resposta a esta questão encontramos no DL n.º 317/2009, de 30 de outubro (Regime dos Sistemas de Pagamento - RSP), que transpõe para a nossa ordem jurídica o novo enquadramento comunitário em matéria de serviços de pagamentos - máxime a Diretiva n.º 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de novembro. Segundo o STJ, não obstante, este DL ser posterior aos factos em causa na ação, a eles é aplicável, *ex vi* do seu artigo 101.º, n.º 1. Assim, de acordo com o RSP o ónus da prova impende sobre a entidade bancária (art.º 70.º, n.º 1 e 2, do RSP).³⁵⁶

³⁵⁵ HUGO LUZ DOS SANTOS, *Plaidoyer...*, (2015), cit., p. 4.

³⁵⁶ Dispõe o artigo 70.º (Prova de autenticação e execução das operações de pagamento): 1 - Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, ou alegue que a operação não foi corretamente efetuada, incumbe ao respetivo prestador do serviço de pagamento fornecer prova de que a operação de pagamento foi autenticada, devidamente registada e contabilizada e que não foi afetada por avaria técnica ou qualquer outra deficiência. 2 - Caso um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, a

Posto isto, HUGO LUZ DOS SANTOS questiona-se sobre a eventualidade da lei processual civil não resolver a distribuição do ónus da prova quando, em matéria de direito probatório material, se faça impender o ónus probatório a uma parte processual ao ponto de a tornar uma prova diabólica, negativa, e, por isso, impossível.³⁵⁷ Assim, após escorrer sobre a Teoria, concluí que no caso concreto, a mesma seria aplicada, porquanto “é o prestador de serviços de homebanking quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a utilização fraudulenta do serviço de homebanking por parte de terceiros não se deveu ao mau funcionamento do sistema informático, como bem decidiu, aliás, ainda que com fundamentação diferente, o Supremo Tribunal de Justiça”. O Autor sem demonstrar como a mesma deveria ser implementada em Portugal, limita-se a acolher a sua virtualidade no caso vertente, sem a desenvolver.

Na nossa opinião, e que tem assento nas palavras daquele Autor, também nesta sede o legislador procurou adaptar o ónus à diferente posição das partes. E, a ser assim, o STJ chega à mesma solução que chegaria com recurso à Teoria, mas por aplicação da legislação já existente (e supra mencionada). Donde, não conseguimos perceber a utilidade da importação da Teoria neste caso, muito menos com base no sentido desta decisão. Antes consideramos que também aqui andou bem o legislador. Ao ponto de permitir chegar-se à decisão judicial, que teria lugar caso se aplicasse a Teoria em Portugal.

3.2.5. Direito do Ambiente

1. Também nesta área existem vários diplomas aplicáveis.³⁵⁸ E este complexo normativo tem conhecido uma difícil aplicação prática, fruto, nomeadamente, da pouca clareza na articulação entre as diversas normas legais.

utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento, por si só, não é necessariamente suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este último agiu de forma fraudulenta ou que não cumpriu, deliberadamente ou por negligência grave, uma ou mais das suas obrigações decorrentes do artigo 67.º.

³⁵⁷ Cfr. HUGO LUZ DOS SANTOS, *Plaidoyer...*, (2015), cit., p. 21, o mesmo diz “é aqui que, pensamos, avulta a (candente) questão da distribuição dinâmica do ónus da prova e da sua precípua relevância em matéria de Direito Bancário, e, mais concretamente, quando, como no caso concreto decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, na relação obrigacional complexa se interponha um consumidor-não profissional (one-shot-player).”.

³⁵⁸ Para uma evolução legislativa detalhada *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, (2005), cit., pp. 224-226.

O DL n.º 147/2008, de 29 de julho estabelece o Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais.³⁵⁹ Este regime jurídico visou, conseqüentemente, solucionar as dúvidas e dificuldades de que se tem rodeado a matéria da responsabilidade civil ambiental no ordenamento jurídico português.

2. Ora, para garantir a tutela jurídica tem de ultrapassar-se a dificuldade técnica de provar que uma causa é apta a produzir o dano, e, conseqüentemente, de o imputar ao respetivo autor. Assim, estabeleceu-se, a par da responsabilidade da Administração, um regime de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, nos termos do qual os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental (respetivamente, artigos 12.º e 13.º do mencionado diploma). A saber, o artigo 12.º prevê que:

“O operador que, independentemente da existência de dolo ou culpa, causar um dano ambiental em virtude do exercício de qualquer das actividades ocupacionais enumeradas no anexo iii do presente decreto-lei ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas actividades, é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados, nos termos dos artigos seguintes. “

Por seu turno, o artigo 13.º manda aplicar a responsabilidade subjetiva às actividades que não estejam enumeradas naquele anexo.

3. Consideramos que também aqui, nomeadamente por influência comunitária têm sido empreendidos esforços para ultrapassar as dificuldades probatórias na produção de danos, que em matéria ambiental conhece particular agudeza em razão do carácter técnico e científico, que é suscetível de impedir a efetivação da responsabilidade.

³⁵⁹ Com a alteração que lhe foi introduzida pela Diretiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extrativa.

4. Conclusões

Como se viu, a legislação portuguesa prevê soluções para tentar atenuar as dificuldades subjetivas, bem como facilitar a prova em áreas de reconhecida dificuldade probatória, procurando dar resposta a situações, em que as regras previstas no CC se revelam inadequadas ou insuficientes.

No que respeita às dificuldades probatórias subjetivas, ainda que tivéssemos concluído que é preferível manter as soluções existentes, e não adotar a Teoria analisada, reconhece-se que estas, comparativamente com as objetivas, reclamam uma solução mais premente, pela escassa perspetiva de superação destas dificuldades, através do caminho que se tem seguido.

Paralelamente, no tocante às dificuldades probatórias objetivas, das várias áreas de reconhecida dificuldade probatória analisadas, é em sede de responsabilidade civil que a facilitação das dificuldades probatórias é menos eficiente, porquanto, regra geral, apenas se consagraram soluções ao nível da prova da culpa.

Além de que, em todas as áreas analisadas, com base na diferenciação a que chegámos na segunda seção do primeiro capítulo, apenas se consagrou formas de evitar o *non liquet* ou de obstar à aplicação das regras de ónus da prova, e não de flexibilização daquelas.

E, em apenas algumas áreas, *máxime* no Direito do Trabalho e Fiscal, se verificou existir outras regras de distribuição do ónus da prova, o que embora não flexibilize as regras do CC, permite adotar uma regra mais conexas com a dificuldade sentida naquela – que é a solução que propomos para as dificuldades probatórias objetivas.

CONCLUSÕES

1. À pergunta: pode e deve o ordenamento jurídico português consagrar a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, tendo em vista a adoção de uma solução complementar às normas previstas no Código Civil, que confira maior flexibilização àquelas, para acautelar os casos de comprovada dificuldade ou impossibilidade de produção da prova, quer em termos objetivos, quer do ponto de vista do sujeito onerado? Respondemos: pode, mas não deve.
2. No Direito Português, a par de outras ordens jurídicas, vigora uma proibição geral do *non liquet*, que estabelece que o aplicador do direito não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei, ou alegando dúvida insanável acerca da verificação dos factos em apreciação no litígio.
3. Face à proibição de *non liquet*, as regras sobre o ónus da prova apresentam a virtualidade de permitir ao julgador ultrapassar a situação de dúvida, fornecendo-lhe um critério de decisão, quando finda a fase de produção da prova, não tenha formado uma convicção sobre a verificação ou ocorrência de um ou mais determinados factos controvertidos e essenciais à aplicação das normas materiais, sobre as quais recaia a decisão.
4. Em caso de dúvida, conforme determina o artigo 414.º do NCPC, o magistrado julgará contra a parte onerada com a prova daquele(s) facto(s), nos termos das analisadas regras do ónus da prova previstas no Código Civil.
5. As regras do ónus da prova previstas no Código Civil foram influenciadas pela Teoria das Normas de ROSENBERG, operando uma repartição, que imputa o ónus aos pleitantes, tendo apenas por base a função que o facto a provar desempenha na *norma* ou *contra-norma*, invocada por aqueles.
6. Da análise levada a cabo constatou-se que, a par da regra geral, o legislador português acautelou casos especiais e de excepcionais de distribuição do ónus da

prova. E, quanto a nós, tal é demonstrativo do reconhecimento (pelo legislador) de que, nem todos os casos podem ser tutelados com a mesma solução de distribuição.

7. Tendo por base o regime legal, aquele que invoca um direito não tem de provar todos os factos, positivos e negativos, necessários à boa decisão da causa, porquanto tal apresentar-se-ia como irrazoavelmente difícil, ou até mesmo, impossível.
8. Antes, verificámos que o legislador, sobretudo no artigo 343.º do CC, procurou atribuir o ónus da prova à parte que se encontra em melhor posição para a produzir.
9. Concluímos que o legislador português deparou-se com o problema jurídico aqui estudado – demonstrativo de que ele existe; e, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos, o legislador português não foi indiferente àquele, e consagrou soluções de repartição do ónus da prova, distintas da regra geral nesta matéria.
10. Assim, concluímos que as regras do ónus da prova previstas não são insensíveis às dificuldades probatórias objetivas, e permitem acautelar várias situações - o que, como vimos, nem sempre sucede, nem chega para acautelar o fim último do processo.
11. A distribuição do ónus da prova, operada por aquelas regras, é frequentemente designada de fixa, estática, rígida, inflexível, entre outros adjetivos semelhantes. E, com tal adjetivação, pretende-se aludir ao facto de aquelas normas operarem a distribuição do ónus da prova de forma apriorista, imutável e indiferente à maior ou menor dificuldade da prova, em termos objetivos e subjetivos, alicerçadas tão-só na função desempenhada pelo facto a provar na norma substantiva invocada.
12. A este respeito reconhecemos que, as regras de distribuição do ónus da prova, tal como estão desenhadas, podem onerar precisamente a parte que apresente mais dificuldades em produzir uma determinada prova – o que designámos por dificuldade probatória subjetiva.
13. E concluímos a este respeito que, a dificuldade probatória, seja pelas próprias características do facto a provar (dificuldade objetiva), seja porque incumbe a uma

parte que apresenta mais dificuldades comparativas em realizá-la (dificuldade subjetiva) será um tema cada vez mais frequente e complexo.

14. É que a par dos casos de dificuldade ou impossibilidade objetiva de prova que se elencou, e, que na nossa opinião serão cada vez mais frequentes, atenta a crescente complexidade das situações de facto - o que aumenta potencialmente a possibilidade de ocorrência de situações de dúvida, e, conseqüentemente, o número de situações de *non liquet* -, as partes podem apresentar (por motivos externos ao processo) uma dificuldade subjetiva em realizar a prova, por motivos económicos, técnicos, sociais, pessoais e/ou fáticos.
15. E nestes casos o juiz não poderá proceder à alteração das regras do ónus da prova, no caso concreto. O que equivale a dizer que, aquele não pode furtar-se a atribuir à parte onerada a consequência jurídica prevista pelo 414.º do CPC.
16. A este respeito, alguma doutrina portuguesa, inspirada na estrangeira, teorizou sobre a necessidade de flexibilizar as regras de distribuição do ónus da prova, previstas no CC. Contudo, fundamentámos e concluímos que, o âmbito do problema jurídico deve ser restringido, quando analisado à luz do caso português, a saber:
 - i. no caso português não é correto afirmar que as regras de distribuição não observam a maior ou menor dificuldade probatória objetiva, porquanto aquando da análise dos artigos previstos na secção I, do capítulo II do CC, concluímos que, quase sempre, na *ratio* da sua redação está uma lógica de facilitação da produção da prova; e,
 - ii. não é correto afirmar que, da aplicação das regras estudadas, resulta que o autor sairá sempre prejudicado, uma vez que, o nosso legislador não fez depender, pelo menos, a regra geral da posição dos litigantes.
17. Do supra exposto resultou que, o problema jurídico deve ser o seguinte: na dúvida sobre um facto controvertido relevante (e mediante a proibição de *non liquet*), atentas as regras enunciadas do nosso Código Civil sobre a distribuição do ónus da prova, o carácter rígido daquelas leva a uma indiferença para com as dificuldades probatórias subjetivas, e não permite acautelar todas as situações (cada vez mais frequentes) de prova de factos objetivamente muito difíceis ou impossíveis de

provar - o que potencialmente pode desvirtuar o conteúdo do disposto no art. 20.º da CRP.

- 18.** E, a questão que se seguiu foi: como se alcança a flexibilização das regras de distribuição do ónus da prova, de modo a superar ou resolver o problema jurídico? Concluímos pela necessidade de tratamento diferenciado de três situações que, na nossa opinião, ocorrem em diferentes planos: soluções para evitar o *non liquet*; soluções para evitar o funcionamento da regra geral de distribuição do ónus da prova; e, soluções para flexibilizar a distribuição rígida das normas que repartem o ónus da prova.
- 19.** Nesta linha de raciocínio, das duas soluções de flexibilização apontadas, a nossa escolha recaiu sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, para responder à pergunta com que iniciámos estas conclusões.
- 20.** No segundo capítulo definimos a estudada Teoria como um:
- i. mecanismo de distribuição do ónus da prova, de aplicação excepcional, porquanto não afasta as regras de repartição consagradas num determinado ordenamento;
 - ii. considerado dinâmico, uma vez que a sua potencial utilização ocorre durante uma concreta ação judicial;
 - iii. a aplicar fundamentadamente pelo julgador;
 - iv. sempre que este, atento ao caso concreto, tenha dúvidas sobre a verificação de um facto controvertido (com aplicação limitada a este facto, valendo para os demais as regras já vigentes) relevante para a decisão da causa; e,
 - v. constate que, a parte originalmente onerada com a prova daquele facto, de acordo com as regras de distribuição do ónus da prova, por razões subjetivas (na versão originária, que tenha dificuldades técnicas, profissionais e fácticas), encontra-se numa situação de maior dificuldade ou impossibilidade de realizar aquela prova, isto é, não tem as melhores condições probatórias;
 - vi. possibilitando ao decisor onerar (apenas ou também) a parte contrária, se, e apenas se, esta tiver aquelas condições, e lhe for permitido exercer o direito ao contraditório.

21. Concluimos que aquela Teoria, na sua concepção originária, não dá resposta a uma série de questões que, em cada ordenamento, coube à doutrina e jurisprudência teorizar e desenvolver, tendo em vista a adoção e aplicação da mesma.
22. Em todos os ordenamentos, sucintamente analisados, a Teoria foi primeiramente recebida por via jurisprudencial, em que os magistrados, sem norma habilitante expressa, procediam a uma distribuição do ónus probatório distinta da consagrada na legislação.
23. Iniciamos o último capítulo, precisamente por concluir que, ao contrário do que sucede no ordenamento argentino, brasileiro e espanhol, esta Teoria não corresponde a uma possibilidade implícita do nosso ordenamento processual, em que sem consagração legal expressa, os tribunais possam aplicar, por via de interpretação sistemática ou qualquer outra técnica.
24. Ademais, constatou-se que, ao contrário dos países que analisamos no capítulo anterior, entre nós, até à data, não houve acolhimento jurisprudencial, ou até relevante apoio doutrinário.
25. Recuperamos o que dissemos na segunda secção do primeiro capítulo, onde se explanou que os defensores da Teoria reclamam a sua aplicação pela necessidade de garantir o acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva, que por seu turno consagra o *acesso ao direito* e a um processo equitativo, onde seja observada a igualdade das partes e o direito à prova. Todavia, e porque os princípios coexistem no ordenamento jurídico, desenvolvemos, sob a forma de dificuldades, outros princípios e decorrências destes, que também devem ser acautelados – e no caso concreto prevalecer.
26. Da análise crítica desenvolvida, concluimos que a Teoria encerra as seguintes dificuldades:
- i. dificuldade terminológica, porquanto concetualmente a Teoria não é dinâmica;

- ii. dificuldade objetiva, uma vez que só dá resposta às dificuldades probatórias subjetivas - o que, mais tarde, nos permitiu concluir que seria um sacrifício desproporcionado, tendo por base o facto de ter âmbito de solução mais redutor do que se auspiciava e necessitava;
- iii. dificuldade na elaboração da norma habilitante, por razões de imparcialidade, transparência e sindicabilidade;
- iv. dificuldade na determinação do momento processual para aplicação da Teoria, tendo por base o facto de termos concluído que as regras em análise configuram regras de julgamento, e, a ser assim, a aplicação da Teoria, de todas as perspetivas analisadas a este respeito, violaria sempre o princípio do contraditório;
- v. dificuldade de articulação com o princípio da segurança jurídica, porque não garante a certeza e expectativas jurídicas legalmente tuteladas;
- vi. dificuldade de enquadramento com o sistema probatório português, que se concluiu ser um sistema híbrido de natureza dispositiva, alicerçado na instrumentalidade do processo, mas com pendor inquisitório, no que toca ao direito probatório - o que parecia estar em linha com a Teoria, mas constatou-se que, para já, ainda não chegou a esse estágio de inquisitorialidade;
- vii. dificuldade pelo falso incentivo à produção de prova que daria lugar, uma vez que, encerra um estímulo contrário ao que o princípio da aquisição processual, e em geral, o nosso sistema probatório consagrou satisfatoriamente;
- viii. dificuldade por gerar uma “armadilha”, através do princípio da cooperação, pois verificámos, que este princípio reclamado pelos defensores da Teoria dá lugar a situações de manipulação e condutas auto-lesivas;
- ix. dificuldade na realização da prova das melhores condições probatórias, que se transfere da parte inicialmente onerada para a parte contrária, e para o próprio julgador; e,
- x. dificuldade no alcance do princípio da igualdade material, porque constatámos que existe uma multiplicidade de inevitáveis fatores de desigualdade das partes, internos e externos ao processo, que o julgador, pela natureza das coisas, não pode remover.

- 27.** Concluimos que, com recurso a mecanismos de distribuição judicial, como o que a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova viabiliza, a produção de prova nos casos de dificuldade subjetiva seria facilitada, prometendo a tão almejada justiça, mas não a cumprindo – “morreríamos da cura”.
- 28.** Não se negou, todas as virtualidades apontadas ao longo deste trabalho, nem se deixou de reconhecer as eventuais fragilidades da distribuição estática do ónus de prova. Apenas se concluiu que, tais promessas não impressionam, tendo em conta os riscos e desvirtualidades, decorrentes da integração da solução dinâmica, mesmo como regra excepcional.
- 29.** Concluída a análise crítica da Teoria deparámo-nos com uma solução a não adotar, pois do balanço entre as vantagens e as desvantagens, considerámos que é preferível a sua não adoção.
- 30.** Considerámos que é preferível manter as soluções que temos, ao invés de adotarmos a Teoria, como forma de flexibilizar as regras de distribuição do ónus da prova.
- 31.** Todavia, se fruto de um futuro interesse doutrinário, e à semelhança do que se verificou em outros ordenamentos, a doutrina lograr superar todas as dificuldades, consideramos que a mesma pode resolver as dificuldades subjetivas.
- 32.** Ora, isto poderia levar-nos a considerar que o nosso trabalho não foi produtivo, Contudo, considerámos que foi, pois parece-nos tão válido encontrar uma solução para o problema jurídico, como eliminar uma solução apontada. Trata-se, a nosso ver, da exclusão de um dos caminhos possíveis para ultrapassar este problema jurídico.
- 33.** Se não devemos importar a Teoria, qual o caminho a seguir? No fundo subscrevemos o que tem vindo a ser feito em Portugal, no campo das dificuldades probatórias objetivas. Contudo, convenhamos que, procurando superar as dificuldades objetivas, em grande parte são evitadas as dificuldades subjetivas, como as dificuldades técnicas. Embora, como afirmámos várias vezes, tal não chegue.

34. O legislador português, a par da consciencialização estrangeira, e sobretudo por influência legislação comunitária não foi, nem tem sido indiferente ao problema abordado no presente trabalho.
35. Verificou-se que, além das normas já analisadas de casos especiais e de inversão, das presunções legais e da consagração do princípio da aquisição processual, aquele tem empreendido esforços no sentido de estabelecer soluções, perante a constatação de casos de grande dificuldade objetiva de produção da prova.
36. Das várias áreas de reconhecida dificuldade probatória analisadas, reconheceu-se que, é em sede de responsabilidade civil que, a facilitação das dificuldades probatórias é menos eficiente, porquanto, regra geral, apenas se consagraram soluções ao nível da prova da culpa.
37. Além de que, em todas as áreas analisadas, com base na diferenciação a que chegámos na segunda seção do primeiro capítulo, apenas se consagrou formas de evitar o *non liquet* ou de obstar à aplicação das regras de ónus da prova, e não de flexibilização daquelas.
38. E, em apenas algumas áreas, *máxime* no Direito do Trabalho e Fiscal, se verificou existir outras regras de distribuição do ónus da prova, o que embora não flexibilize as regras do CC, permite adotar uma regra mais conexas com a dificuldade sentida naquela – que é a solução que propomos para as dificuldades probatórias objetivas.
39. E tal pode não ser (e não é) tão ambicioso como a adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ónus de Prova. Contudo, no caso concreto, em comparação com esta solução de flexibilização, reúne mais segurança e eficácia jurídica.
40. Isto para dizer que consideramos que, até encontrarmos uma solução mais garantística para o problema jurídico suscitado, o caminho passará pela facilitação da produção da prova, pelo legislador, de modo geral e abstrato, através da consagração pontual de normas que operem aquela facilitação, sempre que se identifique num diploma, existente ou a criar, que existe uma necessidade de alterar

o(s) preceito(s) que regula(m) o ónus da prova, tendo em vista ultrapassar dificuldades probatórias objetivas.

- 41.** No tocante às dificuldades probatórias subjetivas, concluímos que até que se encontre uma melhor solução – nomeadamente a adoção da Teoria, nos termos que propusemos na conclusão n.º 31 – o caminho a seguir terá de passar por medidas como as que sugerimos na dissertação, i.e., que evitem que as diferenças extraprocessuais das partes influam no processo – sendo este o parâmetro e limite de intervenção do legislador, a este respeito.

BIBLIOGRAFIA

AIRASCA, Ivana Maria; - *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatórias dinámicas*. Cargas probatórias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de; - *Direito Processual Civil*. 11.^a ed.. Lisboa: Almedina, 2013.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de; - *Noções elementares de processo civil*. I, edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

_____; - *Teoria Geral das Obrigações*. 3^a ed.. Coimbra: Almedina, 1966.

ARAZI, Roland; - *La prueba en el proceso civil*, teoría y práctica. 2^a ed. Argentina: La Rocca, 1998.

ASCENSÃO, José Oliveira; - *O direito, introdução e teoria geral*. 13^a ed.. Coimbra: Almedina, 2005.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura; - *A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18508-18509-1-PB.pdf>,

BARBERIO, José; - *Qué debe probar el que no puede probar*, Cargas probatórias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

BENTHAM, Jeremy; - *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE-Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BELEZA, Maria dos Prazeres; - *O activismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova*. 2012, disponível www.ipccivil/recursosbibliograficos.

BETTI, Emilio; - *Diritto Processuale Civile Italiano*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

CABRITA, Helena; - *A fundamentação de facto e de direito da decisão cível*. 1.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital; - *Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1.º a 107.º*. V. I. 4.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; - *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco; - *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Tradução de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. T. II. Buenos Aires: Editora Uthea, 1944.

CARVALHO, Paulo Morgado de; - *Ónus da prova em caso de discriminação*. Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier. Direito e Justiça. V. III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

CASTRO, Artur Anselmo de; - *Direito processual civil declaratório*. V. III. Coimbra: Almedina, 1982.

CASTRO, João Monteiro de; - *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Método, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe; - *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tradução brasileira. V. II. Bogotá: Intermilenio, 1936,

COLERIO, Juan Pedro - *La relatividad de las reglas sobre la carga de la prueba*. Argentina: Revista La ley n.º 1990-B, abril, 1990.

CORDEIRO, António Menezes; – *Tratado de direito civil português*. T. I. 3.^a ed.. Coimbra: Almedina Editora, 2005.

CREMASCO, Suzana Santi; - *A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*. Florianópolis: GZ Editora, 2009.

CORREIA, JOÃO e JOSÉ MIGUEL JÚDICE; - *Morra Alberto dos Reis*. Revista da Ordem dos Advogados, n.º 64, 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss; - *A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo cpc*. Associação dos Advogados de São Paulo, Revista do Advogado, ano XXXV, n.º 126, maio de 2015.

FARO, Maria João Sousa; - *A audiência prévia*. O novo processo civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo código do processo civil, Centro de Estudos Judiciários, caderno 1, 2.^a ed., 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf

FERNANDEZ, Elizabeth; – *A prova difícil ou impossível*. Estudos em homenagem ao prof. doutor *José Lebre de Freitas*, Org. Armando Marques Guedes *et al.*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

FIALHO, Manuela; - *Igualdade no Trabalho, Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 76/78, jan/dez. 2007.

FREDIE, Didier Junior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, RAFAEL; - *Curso de direito processual civil, direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. V. 2. 2.^a ed.. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

FREITAS, José Lebre de; – *Código de processo civil anotado*. V. 1º e 2º. 2.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____; - *A acção declarativa comum à luz do código de processo civil de 2013*. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____; - *Introdução ao Processo Civil, conceitos e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GUERRA, Daniel Dias Carneiro; - *Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica do Rio de Janeiro, sob a orientação do Professor Doutor Dárcio Augusto Chaves Faria, 2009.

GUILHERME, Thiago Azevedo; - *Considerações sobre a flexibilização do ónus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil*. Fortaleza: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPENDI, 2010.

LEITÃO, Hélder Martins; - *Da instrução em processo civil das provas*. 3ª ed.. Porto: Ecla Editora, 2016.

LEITÃO, Luís Menezes; - *Direito do trabalho*. 3ª ed.. Coimbra: Almedina, 2012.

LOPES, Ana Patrícia Oliveira da Silva; - *A distribuição dinâmica do ónus da prova no Processo Civil Português A Prova Diabólica*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade do Minho, sob a orientação da Professora Doutora Elizabeth Fernandez, 31 de janeiro de 2014.

MARQUES, João Paulo Remédio; - *A acção declarativa à luz do código revisto*. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano; MONTEIRO, Luís Miguel; VASCONCELOS, Joana; BRITO, Pedro Madeira de; DRAY, Guilherme; SILVA, Luís Gonçalves; - *Código do trabalho anotado*. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS, Alcides; - *Direito do processo laboral*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

MARTINS, Elisabete Louro; - *O ónus da prova no direito fiscal*. Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. SALDANHA SANCHES. V. V. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MENDES, João de Castro; - *Direito Processual Civil*. V. II. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997.

_____; *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Atica, 1961.

MIRANDA, Jorge; - *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. 4.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MOREIRA, Rui; - *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do processo civil*. Centro de estudos judiciais, caderno I, 2ª ed., 2013, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf

MOREIRA, Teresa; - *O Ónus da Prova em caso de discriminação, Igualdade e não discriminação*. Coimbra: Almedina, 2013.

MORELLO, Augusto Mario; - *La prueba: tendencias modernas*. 2.ª ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MOTA, Petra Alexis Xavier; - *A distribuição do ónus da prova em processo civil: um obstáculo no acesso à justiça? Breves considerações sobre a possibilidade de flexibilização dessa distribuição*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos, 2015.

MÚRIAS, Pedro Ferreira; - *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex- Edições Jurídicas, 2000.

NETO, Abílio; - *Novo código de processo civil anotado*. 2ª ed.. Lisboa: EDIFORUM, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis; - *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NUNES, Manuel António do Rosário; - *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*. Lisboa: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; - *Tópicos sobre o ónus da prova*. Revista Jurídica da Universidade de Santiago, ano 2, n.º 2, jan/dez, 2014.

PATRÍCIO, Ana Cristina do Amaral; - *A inversão do ónus da prova, no caso de não colaboração de uma das partes*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Professora Doutora Rita Lynce de Faria, 27 de abril de 2013.

PEREIRA, TIMÓTEO RAMOS; - *Inversão do ónus de prova - em que consiste?*. Revista O Advogado, II série, abril 2007, disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/artigos/oadvogado_75.html

PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O.; - *Liniamientos de las cargas probatorias “dinámicas”*. Cargas probatórias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

PEYRANO, Jorge Walter – *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em matéria jurídica*. Cargas probatórias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

_____; - *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba*. Revista Uruguaya de Derecho Procesal, ano 1992, n.º 2.

_____; - *Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, n.º 13.

_____, - *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. Cargas probatórias dinámicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

_____, - *La prueba difícil*. Revista peruana de derecho procesal, 1991-1688, n.º 3, 1999.

PIMENTA, Paulo; - *Os Temas da prova*. Revista Lusíada.Direito, 2013, n-º 11, disponível em http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/913/pdf_19

PINTO, Rui; - *Notas ao Código de Processo Civil*. V. I, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PIRES, José Maria Fernandes; BULCÃO, Gonçalo; VIDAL, José Ramos; MENEZES, Maria João Menezes; - *Lei geral tributária comentada e anotada*. Lisboa: Almedina, 2015.

RAMOS, José Luís Bonifácio; - *Questões relativas à reforma do código de processo civil*. Estudos em homenagem ao Professor José Lebre de Freitas. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

_____; - *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor*. Revista Jurídica 1998, n.º 22, março, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

_____; - *Temas da prova: a pedra angular do “novo” CPC?*. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Pamplona Corte-Real. Coimbra: Almedina, 2016.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas; - *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000.

RODRIGUES, Fernando Pereira; - *A prova em direito civil*. 1ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROSENBERG, Leo; - *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, em castelhano. 2ª ed.. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.

REGO, Lopes do; - *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. I. 2.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2004.

REIS, José Alberto dos; - *Código de processo civil anotado*. V. III. 3.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SANTOS, Hugo Luz dos; – *Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?*. Revista Eletrónica de Direito, abril de 2014, disponível em <http://www.cije.up.pt/content/plaidoyer-por-uma-%E2%80%9Cdistribui%C3%A7%C3%A3o-din%C3%A2mica-do-%C3%B3nus-da-prova%E2%80%9D-e-pela-%E2%80%9Cteoria-das-esferas-de-ris>

SAPALO, Arnaldo César Miguel Ribeiro; - *A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal*. Revista do Centro de Investigação sobre Ciência Aplicada (CISEA). Sol Nascente. Disponível em <http://www.ispsn.org/sites/default/files/magazine/articles/N1%20art5.pdf>

SERRA, VAZ; - *Provas Direito Probatório Material*. B.M.J., n.º 110.

SILVA, Paula Costa e; – *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de; – *O concurso de títulos de aquisição da prestação*. Lisboa: Almedina, 1988.

_____, – *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex Editora, 1995.

_____; - *Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil*, Scientia IVRIDICA, Revista de direito comparado português e brasileiro, tomo LXII, n.º 332, maio/agosto, 2013, Universidade do Minho.

SOUSA, Luís Filipe Pires de; – *O ónus da prova na responsabilidade civil médica questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)*. Revista do CEJ, ano 2011, 2.º semestre, n.º 16.

_____, - *Prova por presunção no direito civil*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, 2013.

TEIXEIRA, Micael Martins; - *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Mariana França Gouveia, julho de 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa; - *Ónus da prova*. Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Araújo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO, Mariana Amaro; - *Breves considerações acerca da adoção da teoria da distribuição dinâmica do ónus probatório no novo código civil à luz dos princípios constitucionais*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 2, n.º 3. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2016.

WHITE, Inês Lépori; - *Cargas probatorias dinâmicas*. Cargas probatórias dinâmicas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

VARELA, ANTUNES, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA; - *Manual de Processo Civil*. 2.ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa; - *Direito processual civil do antigo ao novo código*. Coimbra: Almedina, 1998.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; - *Direito do Trabalho*. Lisboa: Verbo, 2011.

JURISPRUDÊNCIA

Ac. do STJ, datado de 15-06-1978, proc. n.º 067362, relator DANIEL FERREIRA

Ac. do Supremo Tribunal espanhol, datado de 20-03-1987, relator ANTÓNIO PEREZ, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Ac. do Tribunal Supremo espanhol, datado de 24-01-1996, relator CARLOS BENAYAS, disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Ac. da Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), datado de 10-12-1997, relatora ANA MARIA PINHEIRO, disponível em <http://ar.vlex.com/vid/-39786201>

Ac. do TRC, datado de 02-10-2001, proc. n.º 1144/2001, relator MONTEIRO CASIMIRO

Ac. do TRP, datado de 21-11-2005, proc. n.º 0513384 relator FERREIRA DA COSTA, disponível em http://bdjur.almedina.net/juris.php?field=node_id&value=1090427

Ac. do TRL, datado de 19.02.2008, proc. n.º 7371/2007-1, relatora MARIA ROSÁRIO BARBOSA

Ac do TRC, datado de 08-09-2009, proc. n.º 138-D/1998.C1, relatora ISABEL FONSECA

Ac. do STJ, datado de 09-09-2010, proc. n.º 63/10.0YFLSB, relator SERRA BAPTISTA

Ac. do STJ, datado de 23-02-2012, proc. n.º 1674/07.7TVLSB.P1.S1, relator TÁVORA VICTOR

Ac. do STJ, datado de 29-05-2012, proc. n.º 4146/07.6TVLSB.L1.S1, relator SALAZAR CASANOVA

Ac. do TRP, datado de 21-01-2014, proc. n.º 664/04.6TJVNF-C.P1, relator RODRIGUES PIRES

Ac. do TRL, datado de 27-03-2014, proc. n.º 8493/03.8TVLSB.L1-6, relatora ANA DE AZEREDO COELHO

Ac. do TRC, datado de 27-05-2014, proc. n.º 544/10.6TBCVL.C, relator HENRIQUE ANTUNES

Ac. TRL, datado de 29-05-2014, proc. n.º 175/13.9TMPDL-B.L1-7, relatora DINA MONTEIRO

Ac. do TRC, datado de 11-11-2014, proc. n.º 308/09.0TBCBR.C1, relator JORGE ARCANJO

Ac. do TRC, datado de 16-12-2015, proc. n.º 1395/08.3TBLRA.C1, relator ARLINDO OLIVEIRA.

Ac. do TRC, datado de 01-03-2016, proc. n.º 1684/08.7TBCBR.C1, relator JORGE ARCANJO.

Ac. do TCAN, datado de 14-07-2016, proc. n.º 01323/05.8BEVIS, relatora PAULA MOURA TEIXEIRA