



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Maria Sinda Monteiro Gonçalves

**A Prova Diabólica em Portugal e no Brasil**





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Maria Sinda Monteiro Gonçalves

## **A Prova Diabólica em Portugal e no Brasil**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação da  
**Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves**

Outubro de 2019

## DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos. Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada. Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



**Atribuição-NãoComercial-SemDerivações**  
**CC BY-NC-ND**

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Braga, Outubro de 2019

Assinatura

## DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Braga, Outubro de 2019

Assinatura

# A PROVA DIABÓLICA EM PORTUGAL E NO BRASIL

## RESUMO

A presente dissertação de mestrado versa sobre a distribuição do ónus da prova no direito processual civil português e no direito processual civil brasileiro, através de uma comparação entre ambos.

Pretende-se aqui fazer uma análise da Teoria da Distribuição Dinâmica e da Teoria Estática do Ónus da Prova, da forma como ambas se manifestam nos ordenamentos jurídicos de cada País e qual deverá ser a visão do ordenamento jurídico português perante a questão da prova diabólica.

A escolha deste tema deve-se ao papel fundamental que as provas desempenham no que toca à resolução de conflitos presentes no mundo do Direito, tal como o conhecemos atualmente, bem como à carência de atenção a que a matéria relativa à distribuição do ónus da prova está sujeita por parte da doutrina e da jurisprudência portuguesas.

Com este trabalho pretende-se, fundamentalmente, mostrar que este é um assunto que merece ser tomado em consideração por parte do legislador português, que necessita de ser repensado e de que está na altura de o ordenamento jurídico se atualizar no que diz respeito à distribuição do ónus da prova.

**Palavras - chave:** ónus da prova, prova diabólica, teoria dinâmica do ónus da prova, teoria estática do ónus da prova.

## THE DEVIL'S PROOF IN PORTUGAL AND BRAZIL

### **Abstract**

This master's dissertation is about the distribution of the burden of proof in Portuguese civil procedural law and Brazilian civil procedural law, through a comparison between them.

It is intended here to make an analysis of the Dynamic Distribution Theory and the Static Distribution Theory of the Burden of Proof, as both manifest themselves in the legal systems of each country and what should be the view of the Portuguese legal system towards the question of the devil's proof.

The choice of this subject is due to the fundamental role that evidences have in the resolution of conflicts in the world of Law, as we know it today, and the lack of attention that the matter of the distribution of the burden of proof have in the Portuguese doctrine and jurisprudence.

The objective of this paper is, above all, to show that this is a matter that should be taken into consideration by the Portuguese legislator, which needs to be rethought and that it is time for the legal system to update itself regarding the distribution the burden of proof.

### **KEYWORDS**

Burden of proof, devil's proof, dynamic theory of the distribution of burden of proof, static theory of the distribution of burden of proof.

## ÍNDICE

Introdução.....	1
Capítulo I – O ÓNUS DA PROVA.....	4
1.1. Noção de prova e de ónus da prova.....	6
1.2. Evolução histórica do ónus da prova.....	11
1.3. Ónus da prova objetivo e ónus da prova subjetivo.....	17
1.4. Presunções e ónus da prova.....	19
1.5. A inversão do ónus da prova.....	21
Capítulo II – A PROVA DIABÓLICA.....	26
2.1. Conceito e nomenclaturas.....	26
2.2. Características.....	27
2.3. Uma perspetiva no âmbito dos direitos fundamentais.....	30
2.4. A prova diabólica nos Tribunais Superiores.....	33
2.4.1. Em Portugal.....	33
2.4.2. No Brasil.....	39
Capítulo III – A DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÓNUS DA PROVA.....	43
3.1. Âmbito.....	43
3.2. Inconvenientes.....	45
Capítulo IV – A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA.....	49
4.1. Teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	49
4.2. A distribuição dinâmica do ónus da prova no Brasil.....	53
4.3. A distribuição dinâmica do ónus da prova em Portugal.....	61
Conclusões.....	70
Bibliografia.....	79



|

## **ABREVIATURAS**

art.º – Artigo

C.C – Código Civil

Cf. – Confira

CPC – Código de Processo Civil

C.R.P – Constituição da República Portuguesa

ed. – Edição

n.º – Número

op.cit. – Obra citada

p. – Página

pp. – Páginas

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

## INTRODUÇÃO

No que concerne à resolução de litígios, o ponto fundamental do processo de conhecimento diz respeito à elucidação de fatos sucedidos no passado. Na petição inicial, o autor, expõe os fatos e os fundamentos jurídicos que baseiam o seu pedido e o réu, por sua vez, na maioria dos casos, refuta tais alegações descrevendo a sua versão dos factos ao mesmo tempo que requer a negação da tutela pretendida pelo autor.

O juiz, por seu turno, não estava, como é evidente, presente no momento em que os factos ocorreram e, por essa razão, sustentado somente nas declarações articuladas pelas partes não dispõe de elementos bastantes que lhe possibilitem formar a sua convicção sobre o desenvolvimento dos factos nem decidir racionalmente o litígio a favor de uma das partes, tornando-se imprescindível um exame dos poderes instrutórios por parte do juiz para o mesmo averiguar qual o papel que deve desempenhar na atividade probatória.<sup>1</sup>

É neste ponto que se revê a importância crucial das provas<sup>2</sup> no direito processual civil, que se apresentam como o meio retórico mais eficiente para atingir a convicção dos demais sujeitos processuais acerca de certo facto alegado. Por isto, é necessário um procedimento probatório que admita a mais vasta hipótese de as partes produzirem as provas que favoreçam o acolhimento da sua pretensão, de forma a que os formalismos do processo não criem impedimentos à participação das partes na discussão nem à eventualidade de obtenção de uma tutela jurisdicional plena.

O direito processual civil moderno obriga a uma atuação mais ativa por parte do juiz, de forma a permitir uma resposta justa, tempestiva e efetiva às partes envolvidas no litígio e, nesse âmbito, a instrução probatória tem que se desenvolver da forma mais eficaz possível.

Por regra, o ónus da prova incumbe quem alega um facto ou exhibe um documento no processo. No entanto, no que diz respeito à prova diabólica<sup>3</sup> a realidade é diferente uma vez a parte é posicionada numa situação desproporcional, com desigualdade relativamente à demonstração da credibilidade da prova, tendo em conta a dificuldade ou impossibilidade de prova do facto em questão no processo, por diversas razões, que se diferenciam no caso concreto.

---

<sup>1</sup> Há quem defenda que o juiz deve tomar a iniciativa de apurar os factos independentemente da atuação das partes, mas para outros, o juiz deve agir em carácter supletivo ou complementar. Existe ainda uma terceira teoria que lhe atribui poder de iniciativa quando se trata de direitos indisponíveis. Cf. LOPES, João Batista, "Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº41, Julho-Setembro/2015".

<sup>2</sup> Carlos Lessona ensina que **provar** "significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, e dar-lhe a certeza do seu modo preciso de ser". (LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Madrid. Reus, 1928 v. 1, p. 3)

<sup>3</sup> A prova diabólica, como adiante se analisará, é um género de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida.

Com isso, a doutrina e a jurisprudência tendem a contextualizarem-se para a realidade da prova negativa, acolhendo peculiaridades na distribuição do ónus da prova, prevendo-se a possibilidade da sua redistribuição entre as partes.

Na vida real, inúmeras vezes se assiste a impedimentos relativos à prova (ou contraprova) judicial devido, por exemplo, à falta de informação ou aos recursos financeiros mínimos, o que se traduz numa situação de desigualdade processual e de injustiça. <sup>4</sup> A parte com melhores condições para produzir prova é comumente dispensada de tal ónus meramente pelo formalismo da letra da lei, o que, no processo civil moderno, se revela totalmente inconcebível. É neste contexto que se afirma que o processo civil deve ser constitucionalizado, ou seja, deve ser “pensado na perspectiva dos direitos fundamentais.”<sup>5</sup>

O art.º 342.º do C.C. consagra regras fixas de distribuição do ónus da prova. Tal regra possui um carácter fechado que limita a atuação do magistrado e não garante direitos constitucionalmente consagrados como sejam, por exemplo, o direito a uma tutela judicial efetiva e o direito à igualdade de armas das partes.

O direito processual contemporâneo atravessa atualmente uma etapa de constante mutabilidade e relatividade, conjuntura que requer uma forte ponderação dos interesses jurídicos em jogo e dos direitos e princípios constitucionais que se encontram afetos à atividade probatória.

Já o Código de Processo Civil Brasileiro, no § 1º do seu art.º 373.º <sup>6</sup>, adota claramente a teoria da carga dinâmica do ónus da prova, propondo uma flexibilização do sistema de ónus da prova ao determinar que o encargo probatório incide, de preferência, sobre a parte que se encontre em melhores condições de obter a prova e de a realizar, independentemente da sua posição na relação processual e da natureza do facto a ser provado.

Para além disso, após a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, que prevê, no seu art.º 5.º, XXXII, a defesa do consumidor, foi imediatamente elaborada uma comissão encarregue de formular um projeto de lei que regulamentasse a defesa do consumidor e concedesse efetividade à previsão constitucional. Com isso, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8078<sup>7</sup> que prevê, no seu art.º 6.º,

---

<sup>4</sup> Como afirma CURTO, Francisco Marcelo em “*A dimensão social da justiça*”, editorial Inquérito, Lisboa, Julho de 1992. – “Dos três direitos fundamentais da pessoa humana dos quais derivam todos os que hoje se enunciam na Declaração Universal e na Convenção Europeia, ou seja: o direito à vida com tudo o que implica na sua dignidade e proteção, o direito ou garantia à liberdade e o direito à justiça, este último é, de forma segura, a garantia da efetivação de todos os outros.”

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4 ed., São Paulo: Saraiva. 2010, p. 21.

<sup>6</sup> *In verbis*:

*Art.º. 380. O ónus da prova incumbe:*

*I – ao autor quanto ao facto constitutivo do seu direito;*

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

*§ 1º Nos casos previsto 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 ónus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe foi atribuído.*

<sup>7</sup> O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

VIII<sup>8</sup>, a inversão do ónus da prova para a simplificação da defesa do consumidor ao mesmo tempo que veda a prova diabólica, facultando ao juiz a possibilidade de, após analisar o caso concreto, distribuir o ónus probatório de forma a que a parte que possua melhores condições de provar certos factos indicados no processo o faça.<sup>9</sup>

O que nos conduziu ao aprofundamento do tema em questão foi a percepção, cada vez mais visível, de que o modelo de distribuição do ónus da prova se apresenta incompetente para fornecer uma solução equitativa em casos excepcionais. Casos em que as singularidades do direito material em discussão, ou mesmo a circunstância de as partes perante as alegações de facto a serem provadas, demonstram uma dissemelhança material nas respetivas aptidões probatórias, de maneira que, a regra geral e abstrata da distribuição do ónus da prova não serve como prática apropriada para fornecer um alicerce probatório apto a solucionar adequadamente todos os litígios levados ao conhecimento do juiz.

Não nos propomos a conceber inovações abstratas e inúteis à técnica de distribuição do ónus da prova, mas sim estudar fundamentalmente a aplicabilidade da técnica da distribuição dinâmica do ónus da prova na prática e em que medida poderá trazer contribuições relevantes para o processo civil português. Será necessário compará-la com os diferentes mecanismos de flexibilização do ónus da prova e com os meios típicos atualmente vigentes, com especial atenção para o aspeto prático, tendo em consideração a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

Indicaremos os aspetos favoráveis e prejudiciais que o modelo dinâmico de distribuição do ónus da prova comporta, sem olvidar que não é possível ignorar as garantias constitucionais conquistadas e consolidadas ao longo do tempo, que constituem a essência de qualquer processo.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> **Art.º 6.º** São direitos básicos do consumidor:

*I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;*

*II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;*

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

*III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei n.º 12.741, de 2012) Vigência*

*IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;*

*V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*

*VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*

*VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;*

*VIII - 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 experiências;*

*IX - (Vetado);*

*X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.*

**Parágrafo único.** A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

<sup>9</sup> DELAPIEVE, Thales e REMONTI, Samuel de Assis em "A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova.", disponível para consulta em: [https://www.academia.edu/23845778/A\\_Distribuição\\_Dinâmica\\_do\\_Ónus\\_da\\_Prova](https://www.academia.edu/23845778/A_Distribuição_Dinâmica_do_Ónus_da_Prova).

<sup>10</sup> CALMOS DE PASSOS, *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 96, n. 351, p. 107, jul.-set. 2000).

A presente dissertação baseia-se na ideia de que não é possível abordar o tema da prova no direito processual civil de forma estanque. É necessário compatibilizar o estudo da mesma com a análise do direito material, dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e das questões sociais, económicas e políticas nacionais.

Analisaremos os diferentes modelos de distribuição do ónus da prova bem como os possíveis aperfeiçoamentos legislativos, através da indicação dos modelos de distribuição adotados e alterações legislativas nos ordenamentos português e brasileiro. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Não obstante termos presente que “a crise da justiça é real, vem de longe e que neste caso as aparências não iludem”<sup>11</sup>, pretendemos aprofundar o estudo da prova em harmonia com a finalidade que norteia todo o processo civil, com o objetivo de ser alcançado o seu escopo que passa pela busca da verdade e da tranquilidade social.

---

<sup>11</sup> VIDAL, José Marques. *Justiça em crise?*, Lisboa, Quetzal Editore, 2004, p. 36.

## Capítulo I – O ÔNUS DA PROVA

Apesar de o presente trabalho incidir sobre a problemática da prova diabólica e as suas implicações no nosso ordenamento jurídico-processual, por uma razão de sistematização do mesmo não poderemos deixar de aflorar, ainda que de uma forma breve, questões relacionadas com da prova em geral, a sua função e objeto, a prova como resultado e sua delimitação e o ónus da prova bem como algumas teorias que lhes estão subjacentes.

Serão, inevitavelmente, afloramentos simples, uma vez que não é esse o objetivo do estudo, mas com interesse para a compreensão da estrutura processual da prova.

Note-se que, no que toca aos vários temas do direito processual civil concernentes à atividade instrutória, o ónus da prova é dos que tem merecido, com mais fascínio e entusiasmo, a atenção da doutrina. Desde o século passado que a ciência procura reexaminar o seu conceito, tendo surgido inúmeras teorias que se empenham em explicar o instituto de acordo com o direito positivo e que prescrevem soluções para os difíceis dilemas que ela inspira.<sup>12</sup>

Sendo o processo civil o instrumento oficial de administração da justiça e o meio pelo qual as partes, por sua conta e risco, exercem a tutela dos seus direitos, submetendo ao Poder Judiciário a apreciação de um caso concreto, facilmente se entende a importância do estudo do instituto do ónus da prova e, em concreto, da sua distribuição.

Na verdade, em relação à importância do regime do ónus da prova, as opiniões na doutrina encontram-se divididas. Rosenberg<sup>13</sup> declarou-a espinha dorsal do processo, no entanto, Schonke<sup>14</sup> considera inadequada esta afirmação em face do direito vigente.

José Frederico Marques<sup>15</sup>, por sua vez, enaltece o valor do instituto, principalmente sob o aspeto prático. Para Chiovenda<sup>16</sup> “a disciplina do ónus da prova figura entre os problemas vitais do processo.”<sup>17</sup>

Não podemos deixar de concordar com Rosenberg e com a importância que o mesmo oferece ao instituto do ónus da prova, que, apesar de este estar intimamente relacionado com um fracasso da

---

<sup>12</sup> De entre as monografias mais importantes sobre o tema encontramos:

- No Brasil: S. SOARES DE FARIA, *Principais Teorias relativas ao Onus Probandi*, São Paulo, 1936, ed. Revista dos Tribunais;

- Em Itália: GIACOMO PRIMO AUGENTI, *L'Onere della Prova*, 1932, Fôro Italiano, Roma; GIAN ANTONIO MICHELI, *L'Onere della Prova*, Cedam, Pádua, 1942; LUIGI GIANTURCO, *Brevi Note sulla Teoria dell'Onere della Prova*, e

- Na Alemanha: autores como BETHMAN-HOLLWEG, FRANZ LEONHARD, FRIEDRICH SISVEKING, HERMANN FITTING, LEO ROSENBERG ou AUGUST VON KNIERIEM.

<sup>13</sup> *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 8ª ed., 1960, p. 559.

<sup>14</sup> *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 7ª ed., p. 228.

<sup>15</sup> *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 379 e seg.

<sup>16</sup> *Instituições*, vol. II, p. 503.

<sup>17</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Ônus da Prova*, p. 115.

atividade probatória, contempla, ao mesmo tempo, a via para administrá-lo e evitar o fracasso de todo o processo civil.<sup>18</sup>

### 1.1. Noção de prova e de ónus da prova

A definição legal de *prova*, de origem latina (*probatio*), consta do art.º 341.º do C.C., nestes termos: “As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos.”<sup>19</sup>

Com isto quis o nosso legislador consagrar que toda a investigação processual decorre da confirmação de um conjunto de factos antecipadamente declarados em juízo sobre determinadas ocorrências e destina-se, como último desígnio, à demonstração da verdade de factos já alegados que necessitam de confirmação.

Podemos dizer que “provar” se traduz no estímulo de uma condição de certeza no intelecto e, também, na consciência do juiz de forma a que este construa a sua convicção relativamente à existência ou ausência de um facto, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação<sup>20</sup>, acerca de uma situação de facto que se considera de interesse para a resolução de um processo.<sup>21</sup>

As provas são totalmente indispensáveis para resolver qualquer tipo de litígio, já que é através destas que o juiz se convencerá dos argumentos do autor, dando procedência ao pedido, ou do alegado pelo réu, julgando a ação improcedente. É por meio das provas que as partes demonstram ao juiz a autenticidade das suas afirmações, a existência ou inexistência de um facto ou acontecimento que mereça a tutela jurisdicional.<sup>22</sup>

A prova é considerada em sentido objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, compreende os meios destinados a proporcionar ao julgador o conhecimento da verdade dos factos. No seu sentido subjetivo, compreende a segurança e certeza na mente do juiz relativamente às provas produzidas no processo.

Eduardo Juan Couture assegura que “na sua aceção comum, a prova é a ação e o efeito de provar; e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um direito ou a verdade de uma

---

<sup>18</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *La teoría de la prueba judicial*, 2ª ed., Editorial Víctor de Zavalía, T.I., P. 450.

<sup>19</sup> *Definições doutrinárias:*

- a) *Prova como atividade probatória* (é a atividade dirigida aos fins próprios da instrução);
- b) *Prova como resultado* (traduz-se na convicção do juiz acerca da realidade de um facto);
- c) *Argumento probatório* (qualquer razão determinante da convicção do juiz);
- d) *Meio de prova* (todo o elemento que permite ao juiz, de acordo com a lei, formar a sua convicção sobre os factos revelados no processo).

<sup>20</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. Ed. Forense. Rio de Janeiro, p. 112, 2005

<sup>21</sup> SAPALO, Arnaldo César Miguel Ribeiro. A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal. Sol Nascente – Revista do Centro de Investigação sobre Ética Aplicada. Pág. 3.

<sup>22</sup> PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ónus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, p. 77, 2000.



afirmação".<sup>23</sup> Para este jurista, quando a prova é de natureza penal, corresponde a um método de averiguação e quando se trata de matéria civil, a um procedimento de confirmação e validação da veracidade ou falsidade das questões manifestadas em juízo.<sup>24</sup>

A verdade e a justiça são realidades e valores tão inseparáveis<sup>25</sup> que, como afirma Pierre Gode<sup>26</sup>, a primeira e elementar “grande tarefa do juiz é denunciar e destruir a mentira”. Não se aceita como verdadeira a alegação de qualquer facto sem que a sua verdade seja constatada pelo tribunal, devendo a busca pela verdade material ser a primordial prioridade com que se deve preocupar o legislador, apesar de não raras as vezes ser uma missão inacabada.

Carnelutti<sup>27</sup> assegurou, inclusivamente, que “a verdade é como a água ou é pura ou não é verdade” e outros autores que ao tema se dedicaram chegaram mesmo a afirmar que “a arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas”<sup>28</sup> e que “a prova é o fim do processo, como a sentença o é da demanda que o inicia”<sup>29</sup>.

Porém, parece-nos evidente que a verdade dos factos que se procura alcançar com toda a produção probatória não retratará a mais pura tradução da verdade real, pois é realmente difícil, arriscamos dizer que talvez seja mesmo impossível, a integral e irrefutável reprodução dos factos transatos à volta dos quais circula o litígio. O que ocorrerá é uma reprodução parcial dos factos e, por efeito, uma reprodução parcial da verdade, através da qual se obterá a mais próxima probabilidade ou possibilidade da ocorrência dos factos.<sup>30</sup>

Chegados a este ponto da exposição, refira-se, então, a noção de ónus da prova. De entre os diversos ónus existentes no âmbito do processo civil (ónus de alegar, ónus de contestar, ónus de requerer a produção de prova, entre outros), destaca-se o ónus da prova que não é mais do que um ato, uma conduta, um encargo atribuído a uma das partes, de demonstrar a existência ou inexistência dos factos controvertidos no processo, necessários para a convicção do juiz, a fim de satisfazer um interesse próprio, evitando uma situação de desvantagem, uma vez que os efeitos do não cumprimento do ónus se refletem na própria parte que não o cumpriu.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> “En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.”

<sup>24</sup> SAPALO, Arnaldo César Miguel Ribeiro. A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal. Sol Nascente – Revista do Centro de Investigação sobre Ética Aplicada, p. 3.

<sup>25</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ónus da Prova no Processo Civil*. Edições Almedina, novembro de 2006.

<sup>26</sup> *Le mensonge dans le process civil*, Études dédiées à Alex Weill Paris-Nice, 1981.

<sup>27</sup> In *La prova civile*, Roma, 1925, p. 35 e seguintes.

<sup>28</sup> Cf. Bentham, apud Manuel Marques Ferreira, “Meios de Prova”, (1988), p. 221.

<sup>29</sup> MORTARA, Lodovico. “*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*”, *Comentário* III p. 539.

<sup>30</sup> AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. *A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ónus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro*. Publicado em 08/2007 em <https://jus.com.br/artigos/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro>.

<sup>31</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. vol. 5, p. 231.

Para Echandía, significa o “poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coação, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis”.<sup>32</sup>

O *onus probandi* compreende, como ideia básica, o proveito que a parte pode obter ao apresentar a prova que, presumivelmente, lhe possa trazer benefício, auxiliando o juiz no julgamento da causa quando existirem fundadas dúvidas sobre factos pertinentes para a sua boa decisão.<sup>33</sup> Tem, por isso, duas funções primordiais: primeiro, a de incitar cada parte a fazer a provar das alegações que apresentem e, segundo, oferecer ao magistrado um critério de julgamento ajudando-o a dissipar o estado de dúvida em que se possa encontrar.

Manifesta-se, para a parte incumbida, no encargo de conceder a prova do facto visado, sujeitando-se aos inconvenientes corolários de se ter como provado o facto contrário, quando se omitiu ou não se logrou realizar essa prova; ou na inevitabilidade de, em todo o caso, suportar tais consequências no caso de os autos não abarcarem prova suficiente desse facto.

É, basicamente, uma ferramenta de lógica utilizada para determinar qual é a parte encarregue de sustentar uma afirmação ou conceito e, por isso, a que deve exhibir as provas que se mostrem necessárias para confirmá-la. O ónus da prova parte do princípio de que toda a afirmação carece de ser sustentada e provada para poder ser considerada. Se tais provas e argumentos não são facultados, essa afirmação não tem valor argumentativo e não deve ser reputada no raciocínio lógico.

A origem etimológica da palavra “ónus” remete ao vocábulo latino *onus, oneris*, que significa carga, fardo, peso.<sup>34</sup> Na Teoria Geral do Direito e, mais precisamente, na Teoria Geral do Processo, uma vez que é neste campo que tem a sua principal aplicação, o ónus possui um significado próprio que se distingue dos conceitos de obrigação e dever.

Em linguagem técnico-jurídica, ónus não é sinónimo de obrigação. Em termos processuais, falamos em ónus quando há tutela de um interesse pessoal assim como falamos em obrigação nos casos em que o interesse é de um terceiro.

A obrigação relaciona-se com uma conduta cujo cumprimento aproveita à parte contrária e em caso de omissão da parte obrigada, esta sujeita-se a ser coercitivamente compelida pelo sujeito ativo

---

<sup>32</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. 3 ed. Buenos Aires: Zavalia, 1947, v. 1, p. 420-421.

<sup>33</sup> TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Onus da Prova no Processo Penal*. São Paulo. 2003.

<sup>34</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 94.

da relação. Já em relação ao ónus, a parte que não o observar suportará, por via de regra, as consequências negativas do não cumprimento que recaem sobre a própria.<sup>35</sup>

Quer isto dizer que o ónus se traduz numa faculdade que a parte dispõe de praticar ou não praticar determinado ato processual. Caso não exerça o ónus que lhe compete, apenas deixa de aproveitar a vantagem processual que adquiriria se o tivesse exercido, no momento e na forma previstos na lei processual.

Como explica Carlos Alberto da Mota Pinto<sup>36</sup>, “no ónus, o onerado ‘precisa de’; no dever jurídico o obrigado *deve*. A contraposição ónus-dever jurídico pode considerar-se na perspectiva da contraposição kantiana *imperativo hipotético-imperativo categórico*. O ordenamento jurídico não desaprova o não acatamento do ónus; ao invés, desaprova a violação de um dever. O onerado, se quer evitar um prejuízo, deve comportar-se de certa forma; de outro modo, suportará o prejuízo sem que se lhe reprove o ter-se comportado assim”.<sup>37</sup>

António Menezes Cordeiro<sup>38</sup> considera adequada a introdução, no Direito Civil, da figura do “ónus material ou encargo”, que corresponde estruturalmente a um dever, mas observa um regime característico: “é um dever de comportamento que funcionando embora também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento”, exemplificando com a hipótese de prazo para denúncia ao vendedor de vício de uma coisa dentro de certo prazo.

Considerando extremamente débil a distinção entre *faculdade*, *ónus* e *poder*, Cândido Rangel Dinamarco<sup>39</sup> elege o conceito de *situações jurídicas ativas* e demonstra que “a liberdade de uma conduta processual é sempre uma *faculdade* (pura ou não, conforme o caso), que a parte exercerá conforme queira, caracterizando-se como situação redobradamente ativa quando seu exercício lhe trazer direito a uma providência do juiz (*poder*) e não deixando de ser o que é ainda quando haja a ameaça de consequências negativas pela omissão”. Nesse contexto, ónus é o reverso de certas faculdades e caracteriza-se pelas consequências desfavoráveis que a lei associa a algumas delas, tendo a parte “plena liberdade de optar pela conduta ou pela omissão (daí ser o cumprimento ou não cumprimento do ónus uma *faculdade*), sabendo, no entanto que, omitindo-se, agravará sua situação no processo (daí tratar-se de um ónus)”.

---

<sup>35</sup>SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Breves considerações sobre as regras de distribuição do onus da prova no processo do trabalho. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p.16

<sup>36</sup>*Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 180.

<sup>37</sup>António Menezes Cordeiro defende que essa noção de ónus deve ficar circunscrita ao direito processual, sendo mais adequado ao Direito Civil a introdução da figura do “ónus material ou encargo”, que corresponde estruturalmente a um dever, mas segue 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”. Para esse autor, existe a categoria do ónus ou encargo material, que é um dever de comportamento que apesar de funcionar também no interesse de outras pessoas, não pode por elas ser exigido, exemplificando com a hipótese de prazo para denúncia ao vendedor de vício de uma coisa dentro de certo prazo (*Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Vol. I, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 359).

<sup>38</sup>*Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. Vol. I, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 359.

<sup>39</sup>*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203/204.

O *dever* dá-se sempre em relação a outrem, o *ônus*, como afirma Pontes de Miranda<sup>40</sup>, “é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê que como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica”.

Quer isto dizer que não existe o dever de provar. Conceber-se o ônus de provar como uma obrigação representaria pressupor que, após apresentação das provas nos autos, essa obrigação se encontraria observada pelos litigantes e, desta forma, estes não poderiam suportar os prejuízos ou sanções resultantes da valoração dessas provas pelo magistrado.

Ou seja, as partes, voluntariamente, optam por recorrer ou não aos instrumentos necessários da atividade probatória. Ademais, se optarem pela não produção de uma prova, tal circunstância promoverá corolários distintos aos que ocorrem no incumprimento de uma obrigação. Nesta perspectiva, Suzana Santi Cremasco<sup>41</sup>, junto com Chiovenda<sup>42</sup> e Couture<sup>43</sup>, afirma que “fica a critério exclusivo do interessado – por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia – decidir acerca da realização do ato. O destinatário do comando tem liberdade ampla e irrestrita para decidir se irá ou não atendê-lo, não podendo a parte contrária, o juiz ou quem quer que seja impor que ele o faça”.

Castro Mendes chega mesmo a negar a natureza de “ônus” no plano da prova, para quem se trata de “um ônus imperfeito e incompleto, que de ônus só tem o nome”.<sup>44</sup> No entanto, a maior parte da doutrina conceitua o ônus da prova como um verdadeiro ônus, com concepção independente e diversa da obrigação, tendo em vista a ausência do elemento de coercibilidade e o facto de inexistir um dever correspondente de exigir o cumprimento.<sup>45</sup>

Como vimos, não existe nenhum dever de provar, no entanto, não provar, significa, na grande maioria dos casos, o fracasso e o insucesso.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 281.

<sup>41</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 25.

<sup>42</sup> “Assim como não existe o dever de responder em juízo, também não existe o de provar, a não ser no sentido em que se diz: quem quer ganhar deve trabalhar. É nesse sentido que se fala de ônus da prova.” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., 1943, v. 2, p.369).

<sup>43</sup> “O ônus é imperativo do próprio interesse de cada litigante; trata-se de uma situação de risco, que consiste em que aquele que não prova o que lhe cabe provar, perde, ou melhor, sujeita-se a perder, a causa”. (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 163).

<sup>44</sup> RANGEL em O ônus, p.94, afirma que “para Castro Mendes o ônus da prova seria hoje um ônus imperfeito, por força do princípio da livre apreciação das provas em face do qual não fica ligado a uma convicção judicial por laços de necessidade jurídica, nem a uma completa e perfeita atividade probatória da parte (a não ser nos casos de prova legal) e um ônus incompleto, por razões que se prendem com os princípios de aquisição processual e da oficialidade que permitem obter a prova por outros meios que não a atividade do interessado nele, respetivamente mediante a atividade da parte contrária e do juiz.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.92.

<sup>46</sup> *O provare o soccombere*. MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica probatória: estudos sobre las dificultades de la prueba em el proceso*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 1997, p.33.

## 1.2. Evolução histórica do ónus da prova

Nos tempos mais remotos do nosso Direito, o mesmo não possuía nenhuma legislação ou código escrito, era divulgado pelos sacerdotes verbalmente, por meio da tradição, originando o que seriam as primeiras decisões judiciais que foram sendo sucessivamente aplicadas. Essa continuidade definiu o costume que, por seu turno, no decurso do tempo, começou a ser tipificado e a erguer-se à lei e, mais tarde, a surgir em códigos.<sup>47</sup>

Nas origens do Direito, graças ao pensamento de que quem seria o justo vencedor do litígio seria a parte que fosse mais forte e, também, pela permanência do sistema da autocomposição, não existia a figura da prova.

Foi com a evolução social e com o fortalecimento do Estado, no momento em que começaram a surgir os árbitros, que começaram também a aparecer as primeiras técnicas de prova.

Na altura os meios de prova empregues para a demonstração dos factos detinham ligação direta com a religião, o que é de fácil percepção tendo em conta que naquela época era a base da sociedade.

Inclusivamente, temos na bíblia a origem da prova, em I Reis.3,16-28. Tal passagem relata o incidente de duas mães e revela como o Rei Salomão julga o sucedido.<sup>48</sup>

Ocorreu que duas mulheres que moravam juntas e eram prostitutas, tiveram, ambas, um filho recentemente. Numa noite uma das mulheres deitou-se sobre o filho, acabando este por falecer. Essa mesma mulher levantou-se a meio da noite e retirou o bebé vivo do lado da sua mãe e o deitou-o no seu seio, deixando o filho morto no seio da outra mulher, que quando acordou logo se apercebeu que não tinha sido a criança que dera à luz. Posteriormente, as duas vieram reivindicar serem a mãe do

---

<sup>47</sup>LANG, Karine Mastella. SILVEIRA, Davi. *A história das provas*. Âmbito Jurídico.com.br.

<sup>48</sup> "16 Então vieram duas mulheres prostitutas ter com o rei, e se puseram diante dele.

17 E disse-lhe uma das mulheres: Ah, meu senhor! eu e esta mulher moramos na mesma casa; e tive um filho, estando com ela naquela casa.

18 E sucedeu que, no terceiro dia depois de meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; nenhuma pessoa estranha estava conosco na casa; somente nós duas estávamos ali.

19 Ora, durante a noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele.

20 E ela se levantou no decorrer da noite, tirou do meu lado o meu filho, enquanto a tua serva dormia, e o deitou no seu seio, e a seu filho morto deitou-o no meu seio.

21 Quando me levantei pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, atentando eu para ele à luz do dia, eis que não era o filho que me nascera.

22 Então disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho o morto. Replicou a primeira: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo. Assim falaram perante o rei.

23 Então disse o rei: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho o morto; e esta outra diz: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo.

24 Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante dele.

25 E disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo, e dai a metade a uma, e metade a outra.

26 Mas a mulher cujo filho em suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse: Ah, meu senhor! dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis. A outra, porém, disse: Não será meu, nem teu; dividi-o.

27 Respondeu, então, o rei: Dai à primeira o menino vivo, e de modo nenhum o mateis; ela é sua mãe.

28 E todo o Israel ouviu a sentença que o rei proferira, e temeu ao rei; porque viu que havia nele a sabedoria de Deus para fazer justiça." (1 Reis 3,16-28) Bíblia Almeida.

filho vivo. Nesta senda, o rei Salomão ditou a sentença de cortar a criança ao meio e dar uma metade a cada mulher. Posto isto, uma das mulheres que alegava ser mãe da criança renunciou ao direito. O Rei entendeu, assim, que uma mãe prefere dar o seu filho a outra mulher do que vê-lo morrer e, por isso, que esta só poderia ser a verdadeira mãe e devolveu-lhe o filho.

É em histórias como esta, que narram situações invulgares, que o Direito encontra as suas raízes. Na atualidade, no dia-a-dia frenético do mundo jurídico, tais origens não são recordadas, mas, na realidade, foi com a evolução histórica que o Direito se construiu.<sup>49</sup>

O processo civil romano pode ser dividido em três períodos distintos, nomeadamente: *legis actiones* (ações da lei); *per formulas* (por fórmulas) e *extraordinaria cognitio* (cognição extraordinária).

No período mais antigo, o da *legis actiones*, o direito baseava-se, como o próprio nome indica, unicamente nas ações que se encontravam conjeturadas e definidas na lei, designadamente na Lei das Doze Tábuas.<sup>50</sup> O procedimento, sempre oral e com as partes a postular pessoalmente, incluía uma primeira fase, na qual o julgador definia o objeto do litígio e uma outra fase, esta perante cidadãos (*iudex*), escolhidos como árbitros, que recolhiam as provas e proferiam a sentença.

Na fase formular, marcada pela presença de árbitros privados e pela imposição da sentença pelo Estado às partes, as relações jurídicas mostraram-se mais complexas graças ao avanço do Império Romano. O procedimento era ainda idêntico ao da fase anterior, embora com algumas alterações. Começou a observar-se a intervenção de advogados e o cumprimento do princípio da livre convicção do juiz e, também, do princípio do contraditório.

Gian Antonio Micheli reconhece que a estrutura romana do processo, em vista do equilíbrio da atuação das partes, deu à formulação das regras sobre o ónus da prova uma perfeição e uma universalidade de que ainda hoje não se esquece.<sup>51</sup> O Autor esclarece que no instituo do ónus da prova na *legis actio sacramento*, ambos os litigantes detêm o mesmo papel de autor, suportando o ónus de provar as respetivas alegações. Foi este o primeiro princípio desenvolvido no direito romano, o princípio de que a prova incumbe ao autor: o *onus probrandi incumbit ei qui dicit non qui negat*<sup>52</sup>, que não se encontrava consagrado em regra jurídica, sendo mais uma regra lógica de bom senso.

---

<sup>49</sup> PANATTO, Clesio. *Admissibilidade da prova ilícita no processo penal*. Publicado em 10/2016. Elaborado em 06/2015.

<sup>50</sup> A Lei das Doze Tábuas é conhecida como a primeira lei romana, datada (provavelmente) de 417 a.C. Foi elaborada por magistrados e afixada em doze tábuas de madeira, acrescentadas mais tarde por mais duas. Marcou a transição de um modelo jurídico baseado no direito consuetudinário para uma lei escrita, o que ocasionou uma evolução a nível de segurança e rigor jurídicos e favoreceu a laicização da jurisprudência.

<sup>51</sup> MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2. Ed. Padova.: Cedam, 1966, p.24.

<sup>52</sup> Princípio registado em fontes do período clássico do direito romano, como o Digesto ou o Código Theodosiano.

Esta interpretação de que o ónus da prova cabe ao autor redonda da máxima de que não se utilizariam provas negativas, regra que assumiu o papel de pedra angular do instituto do ónus da prova na época das Ordenações do Reino de Portugal

No período formular desenvolveu-se um segundo princípio que complementaria a noção de que o ónus da prova cabia ao autor. Reduzido à máxima *reus in excipiendo fit actor*, estabelece que o réu, em relação à exceção, assume a posição e o ónus do autor. No direito romano, o autor alegava determinado facto e tinha que prová-lo. No caso de o réu se defender através de uma exceção de pagamento, a ela pertencia o ónus da prova da sua afirmação, já que esses factos modificariam ou extinguiriam a obrigação.

Suzana Santi Cremasco procurou justificar o ângulo complementar dos dois princípios propondo que o modelo anterior gerava fortes entraves à obtenção do direito do autor que, algumas vezes, se deparava sem condições, impossibilitado de produzir provas excludentes de factos afirmados pelo réu e, face à ausência de provas, acabava por não alcançar a procedência da ação, mesmo naqueles casos em que o direito estava do seu lado. Com a dedução de exceção por parte do demandado, este ficava equiparado ao demandante quanto aos factos refutados na sua defesa, tendo a responsabilidade de os provar, sob pena de improcedência da exceção. É nesta medida que a regra do *reus in excipiendo fit actor* atenuou e complementou a regra de que o ónus da prova incumbe ao autor.<sup>53</sup>

Na terceira fase do processo romano<sup>54</sup>, a da *cognitio extraordinaria*, deixa de existir a figura do árbitro privado e a função de julgar passa a ser exclusiva do Estado, desaparecendo, portanto, o carácter arbitral para dar lugar à manifestação soberana da vontade da autoridade. A partir daí, desaparece a divisão do processo em duas fases distintas e, em consequência, extingue-se a figura do *iudex*. Passa a pertencer ao julgador a competência de administrar o processo e proferir a respetiva sentença. Assume-se, então, a forma escrita e inicia-se com a petição inicial do autor, a contestação por parte do réu seguidas da instrução, da sentença e do recurso.

Contrariamente ao que sucedia nas fases das ações da lei e das fórmulas, neste sistema o magistrado era colocado em contato direto com o processo. O próprio ouvia as partes e as testemunhas, investigava os factos e ditava a sentença. Era precisamente isso que caracterizava a *cognitio extraordinária*: o poder de que estava dotado o magistrado. Quer isto dizer que, se não fosse

---

<sup>53</sup> CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição Dinâmica do Ónus da Prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.42.

<sup>54</sup> Fase que ocorreu entre o ano 200 e o ano 565.

obtida a certeza pelo magistrado sobre os factos por não se encontrarem provados, mesmo que relatados pelas partes, ainda assim, seria indispensável a decisão final.

Neste período requeria-se das partes uma contribuição mais intensa no processo, diante da maior relevância do interesse público. No entanto, em relação ao ónus da prova, não se constataram transformações de relevo: mantêm-se a estrutura das regras de período formular, cabendo ao autor provar os factos por ele alegados e contestados pela parte contrária, que detinha, por outro lado, o ónus de provar os factos geradores de resistência da pretensão do autor.

Não obstante, abandonaram-se algumas regras do processo formular relativas à defesa do réu, que passou a ter que o ónus de provar os factos alegados só após a demonstração, por parte do autor, da veracidade dos que fundamentavam a sua pretensão.

É importante que se sinalize a especulação teórica em torno das provas negativas que surgiu por volta dos séculos XI a XIV, quando imperava a vasta cultura acerca do direito romano por clérigos e universitários, de onde emergiu o sistema romanocanônico, cuja formação deu azo à difusão do direito comum. Assim, no direito comum imperava a interpretação de que os fatos negativos não podiam constituir objeto de prova.

Tal debate quanto à alegação de fatos negativos e sobre a carência de serem, ou não, provados pelo autor usufruiu de reflexos notáveis no direito contemporâneo.

De Sarlo aponta que os escritores do direito comum se empenharam em esclarecer, com raciocínios lógicos, os princípios sobre o ónus da prova concebidos no direito romano, o que resultou na consagração da distribuição segundo a qualidade - afirmativa ou negativa - do facto objeto da prova e não em virtude da qualidade jurídica que tem no processo aquele que alega a existência do facto. Não obstante tal critério ter sido largamente difundido durante toda a Idade Média e tal princípio ter pertencido de forma significativa ao direito canônico, a teoria de De Sarlo foi alvo de muitas críticas por parte dos juristas antigos.

Pugliese contestou fortemente esta teoria, afirmando que “*qui negat*”, em contraposição a *qui dicit*, não quer dizer 'quem alega um fato negativo', mas sim 'quem nega ou contesta o quanto afirmado pelo adversário' e, por conseguinte, *qui dicit* não é 'quem afirma um fato positivo', mas 'quem afirma um fato qualquer'.



Para além das críticas dos juristas antigos que não concordavam com a máxima de que não há o que ser provado quando se fala em factos negativos, já Chiovenda observava a dificuldade de se distinguir fato positivo de fato negativo.

O certo é que a máxima De Sarlo vigorou e assume-se na atualidade, sobretudo quanto às "negativas indefinidas cuja prova seja de impossível produção, como salienta Rogério Lauria Tucci, é tão difícil provar que nunca se esteve em determinada praia, assim como que se toma banho todos os dias."<sup>55</sup>

No direito germânico, ao contrário do que sucedia no direito românico, o ónus da prova não incumbia ao autor, mas sim ao réu e o magistrado limitava-se a declarar o que deveria ser provado e por que meio, a prova não era produzida para o convencer da verdade. A prova detinha um caráter formal, absoluto e delimitava o pré-julgamento da causa.

Apesar de este sistema processual perdurar até uma fase bastante avançada da Idade Média, a Igreja Católica mantinha as instituições do direito romano. Desta forma, numa junção entre direito romano com canônico e com germânico, nasce o direito comum e, por conseguinte, o processo comum. Era um processo escrito, complexo e lento.

O direito português foi largamente influenciado pelo direito romano, no qual imperava o princípio de que o ónus probatório pertencia ao autor, pois este possuía a obrigação de provar o que declarava. No caso de o autor não provar o que afirmara, o réu era absolvido, mesmo que nada alegasse.

No ano de 1211, com D. Afonso II, as primeiras leis gerais assumiram o lugar dos costumes até as Ordenações, que não anularam inteiramente aquelas.

A introdução do direito comum na Península Ibérica em geral e, em particular, em Portugal, verificou-se a partir do século XIII, no período de consolidação do Estado Português.

Face aos transtornos que o elevado número de leis que passaram a ser editadas desde as primeiras leis gerais de 1211 geraram na administração da justiça, o rei D. João I decidiu encetar esforços para unificação do direito em Portugal, propondo a compilação das diversas leis que se encontravam em vigor no Reino. Como resultado desses esforços, foram concluídas, em 1446, ano em que D. Afonso assumiu o poder, as Ordenações Afonsinas. Nesta compilação, que regula o processo

---

<sup>55</sup> ASSUNÇÃO, Maria Clara Chaves. *A distribuição do ónus da prova no processo civil brasileiro: evolução do instituto à luz dos princípios constitucionais*, disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/a-distribuicao-do-onus-da-prova-no-processo-civil-brasileiro-evolucao-do-instituto-a-luz-dos-principios-constitucionais/>.

civil em vários dispositivos do Livro III, percebe-se a preocupação com a necessidade de o autor declarar as razões de facto da sua pretensão, o que representaria os fundamentos da ação, tal como se estabelece atualmente. Trata-se de uma distribuição do ónus da prova em que se atribuía às partes o ónus de provar os pressupostos dos factos que alegavam e, em consequência, as partes saberiam o que deveriam provar, sendo encargo do juiz os atos preparatórios e instrutórios do processo.

No que toca ao instituto do ónus da prova, o direito comum teve uma clara influencia nas Ordenações Afonsinas que foi mantida nas ulteriores Ordenações. Para além de se manifestarem os princípios romanos segundo os quais o ónus da prova compete ao autor<sup>56</sup> e, quanto à exceção, ao réu que a deduz, exteriorizam-se, ainda, alusões à teoria das provas negativas.<sup>57</sup>

O princípio da impossibilidade de prova de facto negativo também figurou, com alterações, nas Ordenações Manuelinas.<sup>58</sup>

Francisco Augusto das Neves e Castro, comenta a possibilidade lógica das provas negativas se resolverem na afirmativa, que constou expressamente no Livro III, título LIII, § 10 das Ordenações Filipinas: “também esta a doutrina estabelecida na nossa Ord. L. 3, t. 53, § 10, onde se declara que, sendo os artigos negativos, não seja a parte obrigada a depor a eles, salvo se deixarem no juramento da parte contra quem se produzem. Também se diz ali, que há casos em que a negativa se pode resolver em afirmativa.”<sup>59</sup>

De salientar, também, a respeito do trato da matéria pelas Ordenações Filipinas, a preponderância do princípio do dispositivo em relação ao poder instrutório do juiz bem como princípio da iniciativa do mesmo de determinar *ex officio* a produção de provas que era meramente supletiva da iniciativa dos litigantes. De acordo com as Ordenações, o julgador deveria proferir sentença com base apenas nas provas produzidas pelas partes, mesmo que a sua convicção fosse outra ou, ainda, se acreditasse que a verdade seria contrária ao que ficou provado nos autos.

Porém, mesmo sendo regra geral o princípio do dispositivo das partes para a produção das provas, as Ordenações Filipinas, no Livro III, título LXVI, dispunham também de algumas situações em que competiria ao juiz a iniciativa probatória.

A suprarreferida influência do direito romano não subsistiu durante muito tempo e os princípios básicos das Ordenações foram privilegiados. Passou a pertencer a ambas as partes o encargo de oferecer os elementos probatórios das suas alegações, obtendo o juiz o poder de participar ativamente na instrução do processo, competindo ao juiz ordenar *ex officio* a diligência que reputasse necessária.

---

<sup>56</sup> Livro III, títulos XXXI e XXVI.

<sup>57</sup> Livro III, título LVIII.

<sup>58</sup> Livro III, título XL, §11.

<sup>59</sup> CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. *Teoria das provas e aplicações aos atos civis*. São Paulo, Editora Servanda, ano 2000.

### 1.3. Ónus da prova objetivo e ónus da prova subjetivo

Na sua estrutura funcional, o ónus da prova pode ser analisado mediante dois aspetos: o aspeto subjetivo e o aspeto objetivo.

Pressuposto pelo princípio do dispositivo, o *ónus da prova subjetivo* “é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica os factos que a cada um incumbe provar”<sup>60</sup>, só podendo o juiz decidir *secundum allegata et probata partium* (segundos os factos alegados e provados pelas partes).<sup>61</sup> Nesta sua dimensão subjetiva, é um ónus da produção de prova, como ensina Domingos de Andrade<sup>62</sup>, “a parte a quem convenha que tal ou tal facto seja dado como certo não tem outro remédio senão deduzi-lo em juízo e produzir *ela mesma* a sua prova, formulando a respetiva afirmação ou alegação e desenvolvendo a correspondente atividade probatória.”

Por seu lado, o *ónus da prova objetivo* “é uma regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos factos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável.”<sup>63</sup> Aqui a ideia de ónus da prova tem uma configuração mais descritiva, traduzindo o efeito que o julgamento de facto possui sobre a decisão a dar à causa, acomodando-se perfeitamente com o princípio do inquisitório.

É máxima capital do nosso direito que, mesmo em caso de incerteza, de *non liquet* do juiz relativamente a qualquer facto, ele tem que dirimir uma vez e para sempre (ressalvados os casos que admitem recurso) a questão de fundo do litígio.

Durante muito tempo, a doutrina só considerou o ónus da prova sob o aspeto subjetivo, tendo apenas em consideração as consequências quando a prova se mostrava frustrada. Diz-nos Buzaid que o objeto de “indagação consistia em averiguar a qual das partes competia o encargo de produzir a prova, a fim de não correr o risco de perder a demanda, considerando a natureza do processo de tipo dispositivo que, confiando-lhes a realização da atividade instrutória, atribui-lhes a responsabilidade correspondente.”<sup>64</sup>

Atualmente, atribui-se maior destaque ao ónus da prova na sua vertente objetiva, como regra de julgamento. Como afirma Rosenberg, a essência e o valor das normas sobre o ónus da prova consistem na instrução fornecida ao juiz sobre o conteúdo da sentença que deve proferir, nos casos

---

<sup>60</sup> DIDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: *Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. p. 75.

<sup>61</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25/01/2007, relativo ao processo n.º 06B4307, relator Gil Roque.

<sup>62</sup> DOMINGUES DE ANDRADE, MANUEL A. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra Editora. p. 197.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> BUZAID, Alfredo. *Do ónus da prova*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 9

em que não é possível comprovar a verdade de uma afirmação de um facto importante, colocando em evidência o ónus objetivo da prova.

O jurista italiano Michelli, considera impossível a análise da questão sob o único prisma do aspeto subjetivo porque é muito prático e não jurídico, enquanto que o aspeto objetivo é técnico e essencial na medida em que é dirigido a conseguir um resultado útil para a atividade do julgador.<sup>65</sup> Segundo elucida, pelo estudo dos poderes das partes conclui-se que “a livre determinação das partes no processo, como atividade lícita (e juridicamente relevante) não se presta a uma consideração jurídica autónoma, apoiada sobre a noção da necessidade de agir, porque esta necessidade é meramente prática, e não é, portanto, plasmável dentro dos moldes, mais ou menos limitados, da dogmática jurídica”.<sup>66</sup>

Barbosa Moreira diz-nos que “para efeitos práticos, o que interessa não é saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do facto a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa”<sup>67</sup>, atribuindo ao aspeto subjetivo relevância mais psicológica do que jurídica. Suporta que o comportamento da parte onerada não está em causa e que o juiz não valora, positiva ou negativamente, esse comportamento. Se a parte não conseguir provar, de nada serve que a mesma alegue que se empenhou com todos os meios de que dispunha para o fazer.

Compreendemos que o comportamento da parte é fundamental para a aferição, pelo julgador, das condições de igualdade entre as partes, pelo que afirmamos que o aspeto subjetivo tem relevância também jurídica.

No momento de análise das provas carreadas aos autos, pode um juiz entender que determinado facto não foi demonstrado e outro juiz diferente, em consequência de fatores subjetivos que o envolvam, compreender que aqueles mesmos factos ficaram provados, porque entendeu que os meios de provas utilizados à sua demonstração foram suficientes. Situações análogas expostas a julgadores diferentes, podem, como vimos, chegar a conclusões diversas.

A subjetividade provém da própria atividade direcionada às partes pelo ónus subjetivo da prova. Pode uma parte entender que demonstrou os factos e o juiz, por seu turno, entender que não foi observado o respetivo ónus. Pode, ainda, acontecer, que uma parte acredite que a outra não acatou o cumprimento do ónus da prova subjetivo que estava do seu lado e o magistrado entender que até foi cumprido.

---

<sup>65</sup> MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Editorial Temis. 2004. Bogotá. Colombia. p. 110

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>67</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos; *Julgamento e ónus da prova*. 1988, p. 75

A prova ou o conjunto probatório são suscetíveis de provocar impressões distintas a pessoas distintas, ou, arriscamos dizer, a essas próprias pessoas mas em circunstâncias dissemelhantes das suas vidas. Fatores intrínsecos à personalidade do magistrado, relacionados nomeadamente com a sua formação, experiências e relações pessoais são decisivas. Para além de que estes fatores vão-se alterando com o passar dos anos e os indivíduos vão apreendendo valores, formação e experiências pessoais, decorrentes, por exemplo, de ocorrências históricas, avanços tecnológicos, etc.

Entendemos que o ónus da prova objetivo não absorve por completo o ónus da prova subjetivo, na medida em que a perceção de que as regras sobre o ónus a prova apenas serão aplicadas no julgamento, face a um panorama de inexistência ou insuficiência probatória, não distancia, por si só, o entendimento de que essas mesmas regras se encontram também relacionadas com a atuação desempenhada pelas partes na atividade instrutória.

Por isto, julgamos que a valorização do ónus da prova subjetivo se demonstra de elevada importância para o alcance de um julgamento mais justo, que se aproxime mais da veracidade dos factos, acautelando-se a possibilidade de insuficiência ou inexistência de provas.

#### **1.4. Presunções e ónus da prova**

Presunções são “as consequências que a lei ou o juiz extraem de um facto conhecido e comprovado para chegar a um facto ignorado”<sup>68</sup> e podem ter natureza normativa (presunções legais absolutas, relativas ou mistas) ou ser fruto exclusivo do discernimento do ser humano (presunções simples). Classificam-se, então, de acordo com a origem, em legais ou de direito (*iuris*) e simples ou judiciais (*hominis*), sendo que as primeiras se subdividem em relativas (*iuris tantum*) e em absolutas (*iuris et de iure*).

As presunções legais absolutas não permitem que seja feita prova em sentido contrário. Uma vez comprovado o facto do qual se retira a presunção conjeturada na lei, o juiz fica interdito de autorizar prova em contrário à presunção constituída. É possível provar que o indicio do qual se retira a presunção não ocorreu, inexequível será comprovar a inexistência da própria presunção em si, que não admite de todo prova em sentido em contrário.

---

<sup>68</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

As presunções legais relativas e as presunções simples não se encontram previstas na lei e admitem prova em contrário. Uma vez que são apresentadas pelo magistrado no caso concreto, deve ser dada oportunidade às partes para se pronunciarem sobre o conjeturado.

As presunções relacionam-se de forma direta com a admissibilidade da prova e influenciam as regras dos ónus probatórios.

No que respeita aos factos presuntivos, nenhuma das presunções acima referenciadas operam qualquer tipo de inversão do ónus da prova: a parte que alega o indício (o facto conhecido) tem que comprovar a sua ocorrência. Relativamente aos factos presumidos, as diferentes presunções têm repercussões distintas no ónus da prova.

Ora, as presunções legais absolutas, ao proibirem a admissibilidade de qualquer prova em sentido contrário, não produzem qualquer inversão do ónus. Produzem efeitos apenas na relação jurídica de direito material, sem consequências nas regras de distribuição do ónus da prova ou no direito probatório.

Regra geral, as presunções que admitem prova em contrário invertem o ónus da prova, porém, excecionalmente, poderá assim não suceder: na possibilidade remota de uma parte ter que provar o facto presuntivo e a outra estar incumbida da prova do facto presumido, neste caso, não existe qualquer tipo de inversão, na medida em que o ónus da prova seguirá a sua dinâmica natural.

Quando uma das partes alega um facto ao qual a lei ou juiz atribuem presunção relativa, caberá à parte contrária comprovar a inexistência daquele facto, o que faz com que recaia sempre sobre a parte contrária o ónus probatório quanto aos factos do direito alegado pela parte que da presunção se serve, não se verificando nenhuma inversão das cargas probatórias.

O certo é que quem alega um facto presumido pela lei ou pelo juiz não se encontra totalmente desobrigado de produzir provas, antes deverá comprovar a veracidade e a existência do indício mencionado e, caso não o consiga fazer, não poderá ser formulada a presunção.

Em conclusão, entendemos que no caso das presunções legais relativas e das presunções judiciais, em suma, das que admitem prova em contrário, a sua conceção não tem implicação direta na inversão do ónus da prova, mas antes, na mera dispensa do ónus de provar a favor de quem favorece da presunção, permanecendo inalteradas as regras de distribuição do ónus da prova.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> PEGO, Rafael Foresti. *A inversão do ónus da prova no direito do trabalho*. Livraria do Advogado Editora, 2009.

## 1.5. A inversão do ónus da prova

A primeira questão que, neste ponto, se afigura crucial para elucidar esta técnica é a seguinte: o que significa inverter o ónus da prova? Propomo-nos a dizer que inverter o ónus da prova consiste em fazer uma distribuição do mesmo de uma de forma diferente da regra geral consagrada no art.º 342º do C.C.<sup>70</sup>, que atribui o ónus dos factos constitutivos do direito àquele que o invocar.<sup>71</sup>

No ordenamento jurídico português utilizam-se os dois métodos preconizados por Echandía para a distribuição do ónus da prova: existe um dispositivo que prevê uma norma de carácter geral e outros que instituem regras para casos específicos.

O número 2 do art.º 343.º, do C.C., engloba situações especiais nas quais surge a caducidade do direito, perante a não utilização do direito potestativo do autor.<sup>72</sup>

Permanecia a dúvida sobre a possibilidade de o decurso do prazo entre o conhecimento do facto pelo autor e a propositura da ação ser condição extintiva da sua pretensão ou se o não decurso configuraria um facto negativo constitutivo da pretensão do demandante. Pois este número 2 do art.º 343º veio solucionar tal dúvida e assim, de acordo com a lei e com a jurisprudência, o ónus da prova do decurso de prazo nestas situações cabe ao réu, porquanto o legislador concluiu ser mais simples esse sujeito processual provar um facto positivo, que seria a data que a parte contrária teve conhecimento do fato, do que conferir ao autor o ónus de comprovar um fato negativo, que seria a condição de não ter, naquela data, o aludido conhecimento.

Aponte-se que não é unanime o entendimento de que estamos perante o instituto da inversão do ónus da prova, há autores que consideram que o legislador apenas veio de encontro à regra geral, não tendo estabelecido um caso do referido instituto.

O número 3 do preceito legal mencionado ressalva que: “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; se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo”, ocupando-se da distribuição do peso probatório no que toca à eficácia do negócio jurídico em que estão presentes cláusulas acessórias de

---

<sup>70</sup> Art.º 342.º - (Ónus da prova)

1. Aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.
2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.
3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

<sup>71</sup> Portugal adotou a teoria das normas de ROSENBERG. Este autor alemão defendia que a fórmula para a distribuição do ónus da prova deve assentar-se na premissa de que cabe a cada uma das partes provar os pressupostos da norma que lhes é favorável, sendo essa entendida por aquela cujos efeitos jurídicos originem benefícios.

<sup>72</sup> São exemplos destas ações a que discutem: direito de preferência (art.º 1410º), investigação de maternidade (art.º 1817º), anulação de negócio jurídico por erro ou dolo (art.º 287º, nº 1), todos do Código Civil.

termo ou condição, permanecendo a temática da validade e demais condições para a produção dos seus efeitos a critério do art.º 342º do C.C., como nos ensina José Alberto González<sup>73</sup>.

Este tema tem provocado acesa discussão na nossa doutrina e jurisprudência. Há quem defenda que o mais correto seria o encargo de comprovar a existência da condição ou termo pertencer ao réu, não tendo o autor que alegar, nem provar, a falta dessas cláusulas.

O certo é que os tribunais se têm mantido fiéis aos imperativos legais, de modo que “estando o direito invocado sujeito a condição ou a termo, a prova de sua verificação caberá ao autor, tendo estas cláusulas negociais natureza suspensiva; incumbirá ao réu, se, inversamente, tiverem carácter resolutivo.”<sup>74</sup>

Por fim, o número 1 do artigo 343.<sup>º75</sup>, do C.C., estabelece um verdadeiro desvio ao ónus da prova quando se trate de ações de simples apreciação negativa, indicando-se um critério peculiar para ditar o *onus probandi*. Segundo a referida norma, o réu tem que alegar os factos constitutivos da conjuntura refutada pelo autor, quer isto dizer que o réu fica onerado com a demonstração do facto constitutivo, pertencendo ao autor a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo réu, em conformidade com uma aplicação analógica do número 2 do artigo 342.º do C.C. (*vide*, artigo 584.º, número 2, do CPC).

De acordo com o artigo 10º, nº 3, alínea a) do CPC, relativamente às ações de simples apreciação negativa, o que se pretende é obter uma declaração judicial da inexistência de um direito ou facto. Tendo em conta a pretensão destas ações (comprovação da inexistência de um determinado direito ou facto) há a presença de dois problemas que conduziram o legislador a fixar o disposto no artigo 343º, nº 1 do C.C.

Em primeiro lugar, o problema de ter o autor que provar um facto negativo, que, por si só, já produz um elevado grau de dificuldade, sendo de quase impossível produção, a prova diabólica. Por outro lado, o dilema pode ser concebido segundo o pensamento seguinte: caso fosse aplicada no presente caso a regra geral instituída no artigo 342º, nº 1 do C.C., pertenceria ao autor a prova dos factos constitutivos da sua pretensão. Acontece que, uma vez que na ação o autor pretende, precisamente, a declaração de inexistência de certa situação, essa imposição legal não poderia ser

---

<sup>73</sup> GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Código Civil anotado*. Vol. I. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 460.

<sup>74</sup> Acórdão do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, processo nº 240286/08/8YIPRT.P1, de 25/03/2010.

<sup>75</sup> Artigo 343.º - (Ónus da prova em casos especiais).

1. Nas ações de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga.  
2. Nas ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei.

3. Se o direito invocado pelo autor estiver sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial, cabe-lhe a prova de a condição se verificou ou o termo se venceu; se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo.



aplicada, pois deixaria o autor, consoante a teoria das normas, de fazer a prova dos pressupostos da norma que lhe é mais favorável.

Logo, invertido o ónus, estaria o autor encarregue de provar os factos modificativos, extintivos ou impeditivos da relação disputada, ao passo que ao réu restaria provar um facto constitutivo positivo, tido por incompatível, com a pretensão da parte contrária.

Torna-se claro que o que o legislador realmente pretendeu com esta inversão do ónus da prova foi afastar o peso que recaia sobre o autor de ter que provar factos negativos carentes de tutela, pois é bastante menos oneroso jurídica, financeira e mesmo psicologicamente, provar um facto positivo do que um negativo, porque quando se concede uma condição a determinado facto, esta a negar-se todas as contrárias a essa.<sup>76</sup>

Em concordância com o art.º 344º do C.C.<sup>77</sup>, as regras relativas ao ónus da prova invertem-se quando há presunção legal, dispensa do ónus da prova, acordo nesse sentido ou, então, sempre que a lei o determine. Estamos também perante uma inversão do ónus probatório quando uma parte culposamente impossibilitar a prova da parte contrária que dela estava onerada.

A inversão pode ocorrer, ainda, por via convencional, ou seja, por acordo das partes, mas com algumas limitações. Quando se trata de direitos indisponíveis, a convenção inverta o ónus da prova é dotada de nulidade ou quando a inversão faça com que a realização do direito por uma das partes seja extremamente difícil. A convenção que omita qualquer meio legal de prova ou permita um meio de prova distinto dos legais é igualmente nula.

Por via de regra, o ónus da prova acompanha o da alegação, o que não se verifica nos casos de inversão, uma vez que existe uma mudança do ónus da prova que passa a pertencer à parte a quem não cabe o ónus de alegação daqueles factos.

Quando uma das partes, ainda que não possua condições de produzir prova dos factos que lhe aproveitam, suporta o ónus processual da produção de prova e o risco da sua eventual ausência, enquanto a parte contrária possui condições de provar, mas não se encontra incumbida desse encargo, deparamo-nos face a situações inaceitáveis de graves desigualdades.

A técnica da inversão do ónus da prova, que procura balancear o posicionamento das partes na relação jurídica processual, respeitando, assim, o princípio constitucional da igualdade no processo,

---

<sup>76</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, p. 446.

<sup>77</sup> Art.º 344.º - (Inversão do ónus da prova).

1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.
2. 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.

constante dos artigos 13<sup>o78</sup> e 18<sup>o</sup> números 2 e 3<sup>79</sup> da CRP, foi elaborada, precisamente, para contornar as desigualdades supra enunciadas.

A estratégia processual de inversão judicial do ónus da prova deve harmonizar-se com os preceitos fundamentais consagrados na nossa Constituição, seja o princípio da igualdade no processo, seja o princípio fundamental à prova.

Creemos que na utilização desta técnica deve impor-se, independentemente do fim de política de justiça adotado com a aplicação desta ferramenta e como requisito da sua consagração, que esteja verificada uma inviabilidade típica de levantamento de elementos de prova pelo demandante, usufruindo o demandado de elevada facilidade na comprovação dos factos que compõem a relação material controvertida. De outra forma dificilmente se entenderá a opção do legislador em aceitar que um facto seja tido como assente (provado) sem que a sua verdade tenha sido confirmada pela prova realizada numa instrução contraditória.

Encontramos outro desvio à regra geral do ónus da prova, no domínio da responsabilidade civil extracontratual, contando com uma regra própria, baseada na culpa, regime previsto no art.º 483.º, número 1, do C.C.<sup>80</sup>, que estipula que quem viola ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Contudo, consagra o art.º 487.º do C.C.<sup>81</sup> que é ao lesado que cabe a prova da culpa do autor da lesão (*vide* art.º 342.º do C.C.).

Outra situação importante de destacar relaciona-se com o ónus da prova nos casos em que a parte contrária tenha culposamente tornado impossível a prova ao onerado, situações em que será a parte contrária a fazer a prova do facto alegado inicialmente pelo onerado. Desta forma, a lei, ao inverter o ónus da prova baseada numa presunção de experiência (art.º 344.º, n.º 2 do C.C.), sanciona o comportamento da parte contrária e não concebe o facto como provado.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Art.º 13.º - (Princípio da igualdade)

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

<sup>79</sup> Art.º 18.º - (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.

3. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

<sup>80</sup> Art.º 483.º - (Princípio geral)

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

2. Só existe obrigação de indemnizar independente de culpa nos casos especificados na lei.

<sup>81</sup> Art.º 487.º - (Culpa)

1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.

2. A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

<sup>82</sup> Cfr. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova...*, p. 193

Esta impossibilidade culposa que a lei alude, refere-se à parte que tenha tido uma conduta negligente ou dolosa, ocorrida antes, depois ou mesmo durante a pendência da ação em juízo. O que é importante, assevera Rui Rangel<sup>83</sup>, é o resultado obtido com o comportamento do agente, sendo irrelevante a própria conduta, no que diz respeito a inversão do ónus da prova.

Considerando, como exemplo, os exames de sangue a propósito das ações de paternidade, notamos que, quando haja frustração culposa do meio de prova, estar-se-á perante uma recusa ilegítima do dever de cooperação para a descoberta da verdade, previsto no artigo 417.º, n.º 2, do CPC, verificando-se a inversão do ónus da prova, porquanto o exame de sangue é dotado de particular pertinência, acrescentado ao facto de uma das partes o ter inviabilizado à outra o acesso a tal meio de prova, consubstanciará razão bastante para que o juiz recorra ao mecanismo do artigo 344.º, n.º 2, do C.C.<sup>84</sup>

Ainda sobre o requisito da impossibilidade da prova, existe polémica sobre se bastará a dificuldade na produção da prova ou exigir-se-á a impossibilidade da mesma. Aqui, por um lado, afigura-se-nos que a lei não deixa margem para dúvidas, pois que prevê expressamente somente a “impossibilidade”, e trata-se de uma regra excecional, que não permite aplicação analógica, por outro, tendo em conta os corolários do artigo 417.º n.º 2 do CPC, compreende-se, à luz do princípio da proporcionalidade, que a inversão deve circunscrever-se aos casos de impossibilidade, aplicando-se, para os demais, a multa e os meios coercivos.

Lebre de Freitas<sup>85</sup> defende que, apesar de existirem vários meios passíveis de demonstrar o facto, a impossibilidade calcula-se mediante a importância e utilidade do meio de prova para a descoberta da verdade. A simples dificuldade da prova não tem como consequência a sua inversão, aplicando-se antes a regra geral e julgando-se contra aquele a quem aproveita a inversão do ónus da prova, em caso de dúvida, a verificação do requisito objetivo.

Vimos que o legislador português procurou acautelhar casos especiais e de inversão de distribuição de ónus da prova o que demonstra que o mesmo se deparou com o problema jurídico que observaremos de seguida, que ele existe e que não ficou indiferente a este problema, tendo já consagrado soluções quanto a parte do problema.

Constatamos que o regime legal geral permite a desoneração da prova de todos os factos, positivos e negativos, indispensáveis à boa decisão da causa, àquele que invoca um direito, quando tal se apresente difícil, ou até mesmo, impossível. Principalmente no artigo 343.º do C.C. o legislador

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 193

<sup>84</sup> Cfr. RÊGO, Lopes do, — *Relevância dos exames de sangue nas ações de investigação de paternidade - Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova*, Revista do M.º P.º, n.º 58, 1994, p. 17

<sup>85</sup> 4 LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa comum*. p. 215.

esforçou-se para conceder o ónus à parte que se encontra em melhor situação para a produzir, o que, como iremos constatar, nem sempre ocorrerá, nem bastará para acautelar o fim do processo.

## Capítulo II – A PROVA DIABÓLICA

### 2.1. Conceito e nomenclaturas

Já vimos que o objetivo primordial da prova é demonstrar ao julgador o que efetivamente sucedeu, isto é, apresentar a verdade real dos factos.

Porém, em alguns casos, mostra-se difícil a obtenção de tais provas, uma vez que a realização do facto gerador não dependeu do réu ou do autor, mas de forças alheias às suas vontades.

Este tipo de provas, precisamente pela dificuldade que existe em obtê-las, foram apelidadas pela doutrina como “provas diabólicas”, *devil’s proofs* ou *probatio diabólicas*. São elas o objeto do presente estudo, no qual se indicará qual tem sido a posição da jurisprudência e da doutrina portuguesa e brasileira acerca da obtenção destas provas, sobre quem tem o ónus de prová-las e como as mesmas operam no âmbito do processo civil.

A doutrina mais moderna entende a prova diabólica como aquela em que se procura formar a convicção do magistrado com referência a factos impossíveis, ou seja, factos que comportam um enorme excesso de dificuldade em serem provados. Estas provas tem a particularidade de deterem um elevado grau de dificuldade na sua produção, pois pretende-se provar um facto que dificilmente ou jamais conseguirá ser demonstrado.<sup>86</sup>

Esta ideia de prova diabólica relaciona-se com o princípio da impossibilidade da prova negativa e tem por base as referências do direito canônico de que apenas o Diabo poderia provar um facto negativo.<sup>87</sup>

Refira-se que a própria Igreja Católica, com todo o seu historial relacionado com a permissão de provas através da tortura nos julgamentos da inquisição, mesmo ela censurava e reprovava perentoriamente o uso da *probatio diabolica* nestes processos. Isto porque, segundo os cânones da

---

<sup>86</sup> A respeito do tema, Alexandre Freitas Câmara afirma que: “(...) é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.” - CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e o ónus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 31, 2005. p. 12.

<sup>87</sup> MARTINS, Claudia Aiex Baptista. Artigo científico apresentado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro sob o tema “teoria dinâmica do ónus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: alterações em benefício do acesso à ordem jurídica justa” em 2016 – pág. 3.

Igreja Católica, apenas o Diabo, por ser um ser maléfico e com um enorme poder, tinha a habilidade de conseguir provar uma negação.

Esta ideia alicerça-se na premissa de que, por exemplo, é possível uma testemunha afirmar que não visualizou um arguido a cometer um crime. Todavia, parece-nos francamente improvável a possibilidade de essa exata testemunha poder assegurar com a mesma firmeza que o arguido nunca cometeu nenhum crime.

A doutrina e jurisprudência nomeiam também a prova diabólica como “*devil’s proof*” (em inglês); *teuflicher Beweis* (em alemão) especialmente aplicado na relação patrimonial; *prueba inquisitorial* (em espanhol) relacionada com a Inquisição e com o Antigo Regime espanhol, nos quais o principio da presunção da inocência frequentemente incidia em absurdos lógicos (por exemplo, “se tu confessares, tu és culpado, se tu não confessares, nem mesmo sob tortura, é porque o diabo te conferiu força suficiente para aguentá-la e, conseqüentemente, és igualmente culpado”); *prova del diavolo* (italiano) no âmbito dos direitos reais, especificamente nas questões relativas à figura do usucapião e *probatio diabolica* (em latim), Na língua portuguesa, utilizamos também para identificar a prova diabólica outras designações semelhantes, tais como prova impossível ou prova negativa.

## 2.2. Características

O Direito e a justiça não permitem que o legislador ou o juiz obriguem o autor a provar e alegar “factos negativos legalmente indeterminados ou factos absolutamente negativos”, por outras palavras, factos negativos que não tenham uma plausível conexão com factos positivos concretos resultantes da norma de direito substantivo que suporta o direito invocado. Caso contrário, criar-se-ia um ónus da prova diabólica, uma regra de julgamento insensata e desequilibrada.

Um exemplo simples de prova diabólica, muitas vezes apresentado em ambiente académico, refere um certo individuo que tenciona provar que não é possuidor de nenhum bem imóvel e que é obrigado a recolher certidões negativas em todos os estabelecimentos de registo predial do mundo para fazer essa prova.

Em Portugal, um caso mediático de prova diabólica ocorrido recentemente prende-se com uma fuga de informação relativa ao exame nacional de Português realizado pelos alunos de décimo segundo ano de escolaridade. O ministro da Educação assegurou que os estudantes que tivessem usufruído da

alegada fuga de informações no exame da disciplina de Português iriam ser penalizados, de acordo com o regulamento.

No entanto, distinguir e nomear todos esses alunos e comprovar que obtiveram qualquer tipo de benefício com a informação é praticamente inexecutável. “É muito difícil sustentar juridicamente a anulação da prova a alguns alunos. Seria preciso provar que o aluno acedeu a uma informação confidencial a que não tinha direito de aceder e que objetivamente beneficiou com isso, colocando-se numa situação de vantagem em relação aos colegas. Ou seja, não basta mostrar que teve acesso à informação. Era preciso que tivesse agido em conformidade, orientando o estudo para aquelas matérias. Em Direito é a chamada ‘*diabolica probatio*’, explicou na altura o advogado Vasco Marques Correia.

No Brasil, podemos identificar o polémico caso “Lava Jato” que envolve o antigo Presidente do país, Luiz Inácio Lula da Silva. O Ministério Público alegou que para Lula da Silva governar com maioria e roubar o Estado fez alianças com antigos opositores. Mas o Ministério Público não conseguiu prova de que o acordo de aliança foi feito com base na permissão de roubo ao Estado e deixou a prova negativa nas mãos de quem nomeou todos os indivíduos para os grandes cargos, o Presidente Lula da Silva. Saliente-se que, no Brasil, é tarefa do Presidente da República assinar a nomeação dos cargos que formam o governo, logo se algum dos nomeados apreenderam qualquer tipo de bens que compõem o património público, a pessoa que os nomeou, ainda que não os conheça pessoalmente, possui, segundo o Procurador do caso “Lava Jato”, o ónus da prova. Ou seja, possui o ónus da prova de que não os nomeou para eles cometerem esse tipo de crimes, mas sim para os mesmos executarem o trabalho que lhes compete normalmente. Estamos aqui perante a entrada em ação da prova diabólica uma vez que caberia á defesa de Lula da Silva fazer a prova de que um, vinte ou mil dos que por si teriam sido nomeados e cometeram o crime, foram nomeados para exercer as suas funções de forma exemplar e não para praticarem ilícitos.

A jurisprudência portuguesa já veio reconhecer que o aumento da complexidade de prova dos factos negativos deverá ter como resultado uma menor exigência probatória por parte do magistrado, relevando-se as provas menos significativas e convincentes. Neste sentido se afirma que a repartição justa e coerente do ónus da prova dos factos relaciona-se com um específico “*non liquet*”<sup>88</sup> alicerçado

---

<sup>88</sup> Do latim *non liquere*: “não está claro”, é uma expressão advinda do Direito Romano utilizada nos casos em que o juiz não possuía uma manifesta solução jurídica para realizar o julgamento e, por essa mesma razão, não julgava o caso. No Direito Português, como em outras ordens jurídicas, vigora uma proibição geral do *non liquet*, estabelecida no art.º 8.º n.º 1 do C.C. e art.º 3.º n.º 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, decorrente do art.º 6.º da Convenção dos Direitos do Homem, bem como do art.º 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde está vedada a possibilidade de o julgador se negar.

na ausência ou escassez de factos provados para determinar se determinada posição jurídica litigada no processo vence ou decai.

Não obstante o interesse das partes na demanda, o princípio da aquisição processual e outras formas consagradas para obstar a verificação do “*non liquet*”, as partes podem não se conseguir demonstrar os factos alegados. Isto coloca o magistrado, concluída a fase de produção da prova, diante da incumbência de decidir a causa, mesmo não tendo formado ainda uma convicção sobre a verificação ou ocorrência de um ou mais factos, indispensáveis à aplicação das normas materiais sobre as quais verse a decisão. Uma vez que o julgador não pode recusar-se a julgar a causa, isto é, a condenar ou a absolver, as regras do ónus da prova possibilitam-lhe superar a situação de dúvida, proporcionando-lhe um critério de decisão.

O nosso Código Civil é inspirado pela “teoria das normas” e concebe um procedimento de repartição do ónus da prova distinto daquele que vigorava no Código Civil de Seabra ou no Código de Processo Civil de 1939. Em conformidade com o defendido por Leo Rosenberg e com o fim de evitar a insegurança jurídica, o Código Civil de 1966, atende não à sua posição processual das partes, mas à sua posição substantiva, para fazer a divisão do carga e prejuízo, para cada parte, da falta de prova dos factos a si favoráveis.

Nas ações de apreciação negativa (cfr. Art.º 10º nº 3 do CPC), o que está em causa é um direito subjetivo do réu, sendo que o fundamento da ação poderá relacionar-se com a ausência de factos constitutivos de tal direito. O que se impõe aos tribunais é que o risco da não produção de prova dos factos constitutivos do direito de que o réu se arroga, sobre si recaia.

Nestas ações compete ao réu alegar e provar pela positiva a existência do direito ou facto. É, incontestavelmente, mais fácil o réu suportar a prova de que existe um seu direito ou facto, contestado pelo autor, pelo simples facto de que a imposição de ter que provar a inexistência de um direito ou de um facto significaria obrigá-lo a realizar uma prova impossível ou muito difícil. É claramente o réu que se encontra mais capacitado a fazer a prova dos factos constitutivos do direito que alega.

Creemos que se a lei ou a jurisprudência onerassem os autores com o peso de uma prova impossível ou com o peso da prova de “factos negativos indeterminados ou indefinidos” estaríamos perante uma atitude injusta, “diabólica” e inconstitucional e uma grave violação dos diversos princípios constitucionalmente consagrados, seja, por exemplo, o da proporcionalidade ou mesmo o que se relaciona com a tutela jurisdicional efetiva. Por isso, o legislador e os tribunais estão constitucionalmente vinculados a uma atitude de prevenção de episódios relacionados com o ónus da prova diabólica ou impossível, as situações de desigualdade no acesso das partes à demonstração dos

factos e a situações de desproporcionalidade na distribuição do peso da prova dos factos que alicerçam as posições das partes no processo.

Não se pode impor a qualquer umas das partes a invocação e prova de factos negativos, sob pena de se gerar uma obrigação da prova definitivamente diabólica e impossível de satisfazer.<sup>89</sup>

A prova pode ser unilateralmente diabólica, quando compromete as possibilidades de convencimento de apenas uma das partes, ou bilateralmente diabólica, nas situações de pouca clareza da situação fática dos autos.

Fala-se de prova bilateralmente diabólica quando a prova de determinado fato, na perspetiva positiva (isto é, prova da ocorrência do facto, que é a regra geral) e também sob a negativa (a prova da não ocorrência do facto) é impossível ou muito difícil. Não se trata da situação em que a parte autora não consegue suportar o ónus que lhe é imposto e a parte ré não consegue suportar o seu próprio ónus, mas sim da ocorrência da prova diabólica unilateral com relação a dois factos distintos (em relação a um, por parte do autor e em relação ao outro, do réu). A prova diabólica bilateral retrata uma situação que incide sobre um único fato, cuja prova tanto da existência quanto da inexistência não é possível para ambas as partes.

Em bom rigor, impossibilidade e excessiva dificuldade representam situações distintas, no entanto, parece-nos mais adequado considerá-las conjuntamente como uma única hipótese de admissibilidade, uma vez que a doutrina não prescreveu critérios suficientemente claros para se definir se uma prova é impossível ou excessivamente difícil.

### **2.3. Uma perspetiva no âmbito dos direitos fundamentais**

É manifesta a importância de uma abordagem constitucional dos institutos processuais. Tal abordagem já se legitimaria pela relevância e supremacia da nossa Constituição, o direito fundamental de acesso ao Direito e tutela jurisdicional<sup>90</sup> efetiva refletem os seus efeitos por todo o processo e, por isso, o entendemos como o instrumento apto à realização dos direitos fundamentais.

---

<sup>89</sup> Ac. do STA de 17/12/2008, proc. n.º 0327/08; Ac. do TCA Norte de 14/03/2013, proc. n.º 00997/12.8BEPRT; Ac. do TCA SUL de 04/12/2012, proc. n.º 06134/12; Ac. do TCA SUL de 10/03/2016, proc. n.º 12843/15.

<sup>90</sup> Art.º 20.º da C.R.P.

Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.



A razão pela qual a doutrina incute o respeito do direito ao processo justo como requisito de validade do processo no Estado Constitucional é óbvia, já que o seu acatamento é condição necessária e imprescindível para a obtenção de decisões justas.

O direito à prova, ao lado do direito à colaboração no processo, compõe o direito ao processo justo que, por sua vez, estabelece uma apropriada compreensão e distribuição das normas sobre o ónus da prova no processo.

Na verdade, o direito de ação abrange a oportunidade de o autor influenciar o convencimento do julgador através de uma participação efetiva do processo, existindo um verdadeiro direito à prova, considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo. “O direito de acesso à jurisdição é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.”<sup>91</sup>

Determinado o *thema probandum* no processo, interessa a repartição do encargo probatório. Pretende-se estimular as partes na responsabilidade que possuem de produzir a prova das suas alegações e, dessa forma, instruir o processo de forma de modo a que se alcance uma solução justa. Há, nesta fase, a necessidade de zelar por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma perfeita observação dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil, em especial o dever de auxílio e cooperação do órgão jurisdicional com as partes.

Para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é possível que, em determinados casos, se manifeste parca uma regulamentação fixa do ónus da prova em que se distribui prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Nestas situações deve o órgão jurisdicional, no cumprimento dos seus deveres de auxílio e colaboração<sup>92</sup>, proceder à dinamização do

---

3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”, 2006.

<sup>92</sup> O órgão jurisdicional tem o “dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento do ónus ou deveres processuais.” (Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2. Ed. Lisboa: Lex. 1997, p.67).

ónus da prova, concedendo-o à parte dotada de melhores condições para provar<sup>93</sup>, superando-se a prova diabólica e assegurando-se um efetivo acesso à justiça.<sup>94</sup>

O ónus da prova, na sua dimensão subjetiva de regra de instrução, desempenha uma função orientadora da conduta probatória das partes e visa conduzir ao processo todos os elementos de prova essenciais para uma justa resolução do caso concreto.<sup>95</sup> Não podemos imaginar que se chegará a uma solução justa através da atribuição da produção de prova diabólica a uma das partes, principalmente quando a outra parte, dadas as circunstâncias do caso, teria melhores condições de provar.

Como disse Couture, é tão inconstitucional a lei que transforme em impossível a prova como aquela que inviabilize a defesa<sup>96</sup> e se a distribuição o ónus da prova se realizar de maneira a que impossibilite o interessado dele se desincumba, então, em ultima análise, estará a ser-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional.

Dentro das dissemelhanças que existem entre os litigantes, seguramente a distribuição do ónus da prova pode ser uma forma de atenuar a desigualdade real existente no processo. As regras sobre o ónus da prova não podem é ser manipuladas para impossibilitar a prova dos factos, devem, sim, efetivar o direito de cada parte de produção de todas as provas que lhes possam interessar. Relevante é que juiz uso sempre os seus poderes de iniciativa probatória, na tentativa de alcançar as provas que não estão ao alcance das partes.

Como ensina Rui Manuel de Freitas Rangel, o fim transcendente da justiça consiste na defesa efetiva dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão. No Estado Social de Direito em que vivemos “não é concebível civilização sem garantia judiciária.”<sup>97</sup>

A garantia da justiça exige o acesso a um processo justo, daí a necessidade de organizá-lo a partir da colaboração entre os seus participantes.

Parece-nos que um dos problemas centrais do processo civil assenta na organização do seu formalismo, quer isto dizer, na “divisão do trabalho”<sup>98</sup> entre os intervenientes processuais. O processo tem que ser marcado por uma ativa colaboração entre o juiz e as partes, através, essencialmente, de um dever a ser seguido pelo juiz na condução do processo, o dever de auxiliar as partes a superar

---

<sup>93</sup> É exatamente neste sentido que se orienta o direito espanhol, no art.º 217º n.º 6 da Ley de Enjuiciamiento Civil. Dispõe o art.º 217º. (“carga de la prueba”) n.º 6: “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”.

<sup>94</sup> Assim o afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero nos comentários que fazem, artigo a artigo, do Código de Processo Civil Brasileiro. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed. revista, Editora Revista dos Tribunais Ltda.

<sup>95</sup>Rui Manuel de Freitas Rangel, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2002. P. 127.

<sup>96</sup> COUTURE, Eduardo. *Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Depalma, 3ª ed, 2003).

<sup>97</sup>Calamendri, *Processo e Giustizia*, in *Atti del Congresso Internazionale del Diritto Processual Civil*, Pádua, 1953.

<sup>98</sup>Expressão de José Carlos Barbosa Moreira, “O Problema da ‘Divisão do Trabalho’ entre Juiz e Partes: Aspectos Terminológicos”, *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1989.

eventuais impedimentos relacionados com o desempenho de quaisquer direitos ou mesmo o cumprimento de deveres processuais.

Para que o processo se organize de forma justa, os seus participantes necessitam de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do mesmo.

Os princípios da proporcionalidade ou do acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efetiva, enquanto princípios potenciadores do princípio do Estado de Direito democrático, concedem aos cidadãos uma salvaguarda ou defesa contra intervenções do Estado. A liberdade de conformação do legislador encontra-se balizada pela obrigação de observar aqueles princípios, que, nessa medida, compõem padrões de apreciação da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos.

## **2.4. A prova diabólica nos Tribunais Superiores**

### **2.4.1. Em Portugal**

É grande o número de casos sobre os quais os nossos tribunais se debruçam, mas que não existe qualquer tipo de jurisprudência expressiva. Grave é quando também a doutrina não lhes presta atenção. Encontramos, por essa razão, no nosso ordenamento jurídico, institutos jurídicos que resistem com inercia dentro do mesmo, sem comentários nem debates científicos sobre as soluções adotadas pelo legislador português.

Na jurisprudência portuguesa há uma certa resistência em aceitar a aplicação do ónus da prova atentando para a melhor condição probatória de uma parte perante a outra. São escassos os casos em que é possível retirar do espírito do julgador a ideia de dinamizar o ónus da prova, com o propósito de ser a parte que se encontra em melhores condições probatórias a suportar o ónus da ausência da mesma.

Ainda assim, podemos encontrar casos em que os magistrados portugueses, apoiados no dever de colaboração a que as partes e o tribunal estão adstritos, encetaram esforços no sentido de integrar a atuação da parte privilegiada numa hipótese de presunção legal ou judicial que permita a inversão do ónus da prova quando da prolação da decisão, mas ainda existe um largo caminho a percorrer no que diz respeito a esta matéria.

## 1.

Vejamos o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17.10.2012 – Processo nº 0414/12, cuja questão a conhecer é a de saber se o ónus da prova do facto a que alude a parte final do nº 4 do art.º 52º da LGT<sup>99</sup> – que a insuficiência ou inexistência de bens não seja da responsabilidade do executado - cabe ao executado ou à Fazenda Pública.

A jurisprudência dos tribunais centrais administrativos tem-se mostrado uniforme no sentido de que o ónus de tal prova cabe ao executado. No mesmo sentido, decidiram os seguintes arestos do Tribunal Central Administrativo Sul de 02.10.2007 (Processo nº 01998/07), de 28.10.2009 (Processo nº 03475/09), de 09.12.2009 (Processo nº 03621/09), de 08.06.2010 (Processo nº 016/11) e de 29.11.2011 (Processo nº 05169/11). Igualmente decidiu o TCAN nos seguintes acórdãos: de 15.04.2011 (Processo nº 003221/10.4 BEVIS), de 23.11.2011 (Processo nº 01307/11.7 BEPRT), de 24.10.2011 (Processo nº 0059/11 BEPRT) e de 06.06.2012 (Processo nº 0233/11.4 BEPNF).

O Supremo Tribunal Administrativo, teve também oportunidade de se pronunciar sobre esta questão, em sentido análogo ao daqueles tribunais superiores, no acórdão do Pleno da SCT, de 17.12.2008, proferido no Processo nº 0327/08. Face à regra do n.º 1 do art.º 342.º do C.C., que é adotada igualmente no contexto do procedimento tributário, por força do disposto no art.º 74.º, n.º 1, da LGT e à do art.º 344.º, que determina tal inversão «quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine» e «quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado», concluiu que “é sobre o executado, que pretende a dispensa de garantia, invocando explícita ou implicitamente o respetivo direito, que recai o ónus de provar que se verificam as condições de que tal dispensa depende, pois trata-se de factos constitutivos do direito que pretende ver reconhecido.”

---

<sup>99</sup>Art.º 52.º

Garantia da cobrança da prestação tributária

1 - A cobrança da prestação tributária suspende-se no processo de execução fiscal em virtude de pagamento em prestações ou reclamação, recurso, impugnação e oposição à execução que tenham por objeto a ilegalidade ou inexigibilidade da dívida exequenda, bem como durante os procedimentos de resolução de diferendos no quadro da Convenção de Arbitragem n.º 90/436/CEE, de 23 de Julho, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas de diferentes Estados membros.

2 - A suspensão da execução nos termos do número anterior depende da prestação de garantia idónea nos termos das leis tributárias.

3 - A administração tributária pode exigir ao executado o reforço da garantia no caso de esta se tornar manifestamente insuficiente para o pagamento da dívida exequenda e acrescido.

4 - A administração tributária pode, a requerimento do executado, isentá-lo da prestação de garantia nos casos de a sua prestação lhe causar prejuízo irreparável ou manifesta falta de meios económicos revelada pela insuficiência de bens penhoráveis para o pagamento da dívida exequenda e acrescido, desde que não existam fortes indícios de que a insuficiência ou inexistência de bens se deveu a atuação dolosa do interessado.

5 - A isenção prevista no número anterior é válida por um ano, salvo se a dívida se encontrar a ser paga em prestações, caso em que é válida durante o período em que esteja a ser cumprido o regime prestacional autorizado, devendo a administração tributária notificar o executado da data da sua caducidade, até 30 dias antes.

6 - Caso o executado não solicite novo período de isenção ou a administração tributária o indefira, é levantada a suspensão do processo.

7 - A garantia pode, uma vez prestada, ser excecionalmente substituída, em caso de o executado provar interesse legítimo na substituição e daí não resulte prejuízo para o credor tributário.

8 - A garantia só pode ser reduzida após a sua prestação nos casos de anulação parcial da dívida exequenda, pagamento parcial da dívida no âmbito de regime prestacional legalmente autorizado ou se se verificar, posteriormente, qualquer das circunstâncias referidas no n.º 4.

Afirma ainda o supracitado acórdão que “a eventual dificuldade que possa ter o executado em provar o facto negativo que é a sua irresponsabilidade na génese da insuficiência ou inexistência de bens não é obstáculo à atribuição ao executado do ónus da prova respetivo, pois essa dificuldade de prova dos factos negativos em relação à dos factos positivos não foi legislativamente considerada relevante para determinar uma inversão do ónus da prova, como se conclui das regras do art.º 344.º do C.C.”<sup>100</sup>

Este tribunal entende que, por força do princípio constitucional da proporcionalidade, a maior complexidade da prova de factos negativos necessitará de ter como resultado uma menor exigência probatória por parte do magistrado, mas não uma inversão do ónus da prova.

## 2.

Reportamo-nos agora ao Acórdão da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional de 2011, relativo ao Processo n.º 726/10, que aprecia a constitucionalidade da norma consagrada no art.º 12.º<sup>101</sup> da Lei n.º 24/2007, de 18 de Julho (lei que define direitos dos utentes nas vias rodoviárias classificadas como autoestradas concessionadas, itinerários principais e itinerários complementares), interpretada, pelo Tribunal *a quo*, no sentido de que a recorrente, na qualidade de concessionária de autoestrada, no sentido de distanciar a presunção de incumprimento que lhe está adstrita e a falta de culpa na verificação do acidente, deveria provar, em concreto, que um objeto apareceu de um modo impossível de controlar ou foi posicionado na autoestrada, negligente ou intencionalmente, por outrem.

Vem a recorrente dizer que a demonstração precisa do evento alheio à sua esfera de atuação que provocou o alegado acidente (não sendo suficiente provar que não foi negligente ou que agiu diligentemente) estabelece uma prova diabólica e é inconstitucional por violação dos princípios da proporcionalidade, da tutela judicial efetiva e do processo equitativo, preceituados nos artigos 2.º e

---

<sup>100</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, e SAMPAIO E NORA, Manual de Processo Civil, 1.ª edição, página 451, nota (2) (página 467, na 2.ª edição), em que se refere que «já se tem entendido, erroneamente, que a extrema dificuldade de prova do facto pode inverter o critério legal de repartição do ónus da prova»

<sup>101</sup> Artigo 12.º

Responsabilidade

1 - Nas autoestradas, com ou sem obras em curso, e em caso de acidente rodoviário, com consequências danosas para pessoas ou bens, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança cabe à concessionária, desde que a respetiva causa diga respeito a:

a) Objetos arremessados para a via ou existentes nas faixas de rodagem;

b) Atravessamento de animais;

c) Líquidos na via, quando não resultantes de condições climáticas anormais.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a confirmação das causas do acidente é obrigatoriamente verificada no local por autoridade policial competente, sem prejuízo do rápido restabelecimento das condições de circulação em segurança.

3 - São excluídos do número anterior os casos de força maior, que diretamente afetem as atividades da concessão e não imputáveis ao concessionário, resultantes de:

a) Condições climáticas manifestamente excecionais, designadamente graves inundações, ciclones ou sismos;

b) Cataclismo, epidemia, radiações atómicas, fogo ou raio;

c) Tumulto, subversão, atos de terrorismo, rebelião ou guerra.

20.º da C.R.P., já que o Tribunal Recorrido deu como provado que a Recorrente efetuou patrulhamentos na concessão, que passou no local do acidente 29 minutos antes do mesmo ocorrer e que não tinha conhecimento da existência do objeto até ao alerta do acidente, mas apesar disso, considerou que a Recorrente não tinha cumprido com o ónus que a lei lhe impõe no art.º 12.º da referida Lei e proferiu decisão de condenação.

O Tribunal Constitucional entendeu que “não obstante a recorrente tenha provado que genericamente cumpriu as suas obrigações decorrentes do contrato de concessão, o certo é que não demonstrou, na situação em concreto, a observância desses mesmos deveres” e afastou a conclusão alcançada, no sentido da presença de uma prova diabólica. “ou, sem conceder, que, a existir, nunca esse tipo de prova radica na norma, mas na eventual aplicação dada ao preceito.”.

A aludida norma do n.º 1 do art.º 12.º do citado diploma legal foi também apreciada pelo Tribunal Constitucional, noutros Acórdãos<sup>102</sup>, como, por exemplo, no n.º 596/2009 que também não julgou inconstitucional a norma constante do art.º 12.º n.º 1 da Lei n.º 24/2007, de 18 de Julho, no entendimento segundo o qual, “em caso de acidente rodoviário em autoestradas, em razão de atravessamento de animais, o ónus da prova do cumprimento das obrigações de segurança pertence à concessionária e esta só afastará essa presunção se demonstrar que a intromissão do animal na via não lhe é, de todo, imputável, sendo atribuível a outrem, tendo de estabelecer positivamente qual o evento concreto, alheio ao mundo da sua imputabilidade moral que não deixou realizar o cumprimento”. O Tribunal, analisando um caso semelhante ao do acabado de expor, apesar de que a situação fáctica naqueles era subsumida pela alínea b) atravessamento de animais e não pela alínea a), (no caso, objetos existentes nas faixas de rodagem), manifestou-se unanimemente pela não inconstitucionalidade da disposição legal em causa.

Não obstante, o Acórdão que temos vindo a apresentar foi alvo de uma declaração de voto de vencido por um dos Conselheiros que tenderia a “julgar inconstitucional a norma que impõe à ré, para lograr afastar a presunção de incumprimento do dever que a onera, a prova de que o obstáculo colocado na faixa de rodagem «surgiu de forma incontrolável para si, ou foi lá colocado, negligente ou intencionalmente, por outrem», por violação do disposto na parte final do n.º 4 do art.º 20º da Constituição.”

---

<sup>102</sup> Acórdãos (n.ºs 629/2009, 98/2010 e 375/2010 (todos disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

### 3.

O Acórdão n.º 326/2015 do Tribunal Constitucional analisa o caso em que o recorrido intentou ação declarativa de simples apreciação, contra o Estado Português, peticionando que fosse declarado legítimo proprietário de três prédios rústicos, tendo adquirido o respetivo direito de propriedade por meio de usucapião. O art.º 15.º, n.º 1, da Lei n.º 54/2005 consagra que o reconhecimento da propriedade privada sobre parcelas de leitos e margens públicas é realizado pelos Tribunais e não pela Administração Pública e institui um prazo para o exercício do direito de ação judicial para reconhecimento da propriedade privada (1 de julho de 2014).

O Acórdão supracitado menciona que, da análise do preceito legal acima citado, é possível constatar uma presunção *juris tantum* de dominialidade de tais terrenos, forçando aos interessados o ónus da prova que os mesmos lhes pertencem e entendeu o recorrente que a imposição de prova documental que respeite a data que precede o dia 31 de dezembro de 1864 se trata de uma prova diabólica porque os proprietários se deparam com uma exigência muito difícil, ou mesmo impossível de executar, com a eventualidade de perderem os seus bens a favor do Estado. Foi esse o entendimento do tribunal recorrido, de que a imposição de realizar prova que se reporte a data anterior a 31 de dezembro de 1864 viola o "direito fundamental à propriedade", preceituado no art.º 62.º da Constituição, por se tratar de uma prova diabólica.

Para o Tribunal Constitucional, a exigência de prova reportada a momento anterior a 1864 necessita da análise de dois pontos decisivos. O primeiro diz respeito ao esclarecimento da importância da data de 31 de dezembro de 1864 para a prova da propriedade privada, que se prende com o facto de que foi nesta data que as margens de águas públicas foram matéria de determinação de dominialidade, nada houve de arbitrário na escolha de tal data. O segundo agarra-se à jurisprudência constitucional concernente à repartição do ónus da prova (cfr. o Acórdão n.º 596/09 que impõe que esse ónus se reserve à parte que mais condições possua para previamente valer-se dos mecanismos ou ferramentas materiais idóneas para provar os factos). O Tribunal Constitucional entende que é incontestável que o particular é, em princípio, quem melhor contempla este requisito.

Por essa razão decidiu o Tribunal julgar não inconstitucional a norma do art.º 15.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), da Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, na redação concedida pela Lei n.º 78/2013, de 21 de novembro, quando interpretada no sentido de a imposição da prova a realizar pelos autores ser de data anterior a 31 de dezembro de 1864.

Urge fazer aqui referencia a dois acórdãos de apelação, ambos do ano de 2014.

#### 4.

Um do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-03-2014, processo n.º8493/03.8TVLSB.L1-6, cuja questão a apreciar relaciona-se com a de saber a quem cabe o ónus de prova da entrega do exemplar de um contrato de crédito ao consumo. Para os Autores, o ónus da prova da entrega do exemplar cabe a quem preestabelece o clausulado geral do contrato de crédito ao consumo, sugerindo uma distribuição do ónus da prova ou a redução teleológica da previsão da norma geral do art.º 342.º do C.C.. Não foi utilizada nenhuma distribuição do ónus da prova, para resolver o caso foi empregue a regra geral do art.º 342.º do C.C., 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.

#### 5.

O outro acórdão, do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-11-2014, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1, analisou uma questão de responsabilidade médica em que o Autor, conforme expõe o referido Acórdão, “reclama uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais, com base na violação pelo 3º Réu das “*legis artis*” que deveriam ter presidido à sua atuação aquando das intervenções cirúrgicas que realizou; mas também na violação do dever de informação e bem assim no facto de, quer o 3º quer a 2ª Ré terem dado alta prematura ao Autor quanto aquele ainda carecia de tratamento”. Foi proferida sentença a julgar a ação improcedente, absolvendo os Réus do pedido e inconformado, o Autor recorreu de apelação.

O acórdão menciona, na 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.º 342º, nº 2 do C.C.)”. Para além disso, confronta duas teses possíveis, a saber: na primeira o ónus recaía sobre o paciente; na outra, recairia sobre o médico ou instituição que aquele integre. Na síntese conclusiva cita que 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.º 342, n.º 2 do C.C.), devendo atender-se ainda ao princípio da “distribuição dinâmica da prova”. Não desenvolve esta distribuição da prova, limitando-se a referir-se àquela como princípio, decide julgar improcedente a apelação.

A inversão do ónus quando se trata de uma prova no caso de prova diabólica parece-nos que é um tema muito pouco trabalhado pela jurisprudência. No entanto, é saliente que a temática é do conhecimento da magistratura. Nos acórdãos expostos é feita referência a tal inversão, mas a mesma não é adotada ou é simplesmente referida como um princípio. Apesar de ser certo que este problema está a tomar consciência na jurisprudência nacional, tratando-se de um início do seu afloramento, no entanto, como se referiu, existe ainda falta de tratamento jurisprudencial da questão da prova diabólica e o caminho demonstra-se longo e tortuoso.

#### **2.4.2. No Brasil**

No Brasil o cenário é completamente diferente.

Anteriormente ao Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, cada parte processual tinha conhecimento, de antemão, de qual era a espécie do facto sobre o qual teria o encargo de exercer a sua atividade probatória. O art.º 333º do C.P.C. de 1973 preceituava que “ao autor caberia provar o facto constitutivo e ao réu, os factos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor”.

Tudo começou a mudar quando o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da inversão judicial do ónus da prova. De acordo com o art.º 6º, inciso VIII, do citado diploma legislativo, no caso de o juiz estar presente a “verossimilhança das alegações do autor e/ou a sua *hipossuficiência*”, teria que inverter o ónus da prova do facto constitutivo.

No Código Buzaid<sup>103</sup> não existia a previsão de uma dinamização do ónus da prova. Todavia, a doutrina e a jurisprudência foram constatando a crescente insuficiência da distribuição estática para determinados casos específicos. Começaram a notar que, em certos casos concretos, nos quais se verificasse a existência da prova diabólica, a aplicação do ónus probatório consagrado no CPC de 1973 poderia ferir o direito de acesso à justiça e que seria necessário possibilitar o órgão jurisdicional a adaptar o procedimento, através de uma dinamização da regra estática do art.º 333, em conformidade

---

<sup>103</sup> Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

com os demais direitos fundamentais processuais. Permanece, no entanto, como regra geral, a distribuição estática. Assim, no início do processo as partes têm conhecimento de quais são os factos que devem provar, no entanto, sendo apurada grande complexidade probatória de uma das partes e uma facilidade da outra, dinamiza-se o ônus da prova.

Foi no art.º 373º do CPC de 2015 que o sistema jurídico brasileiro perfilhou a teoria da dinamização. Este texto normativo inicia-se com referência à teoria estática e assinala, no § 1º, que: “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.”.

De acordo com o § 2º, do art.º 373º, do C.P.C. de 2015, esta distribuição “não pode gerar situação em que a *desincumbência* do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Isto significa, precisamente, o impedimento que uma parte tem de não poder ocasionar uma prova diabólica para a outra. Assim, por mais que exista a possibilidade da distribuição dinâmica, a mesma nunca poderá implicar uma prova diabólica para a parte que venha a receber o novo encargo.

Mediante pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Federais brasileiros, foi possível encontrar acórdãos que aludem e aplicam esta teoria dinâmica, que passaremos então a analisar.

Na hipótese do Acórdão de 30/09/2016, relativo ao recurso de apelação APL 0003419740118080024, foi o recurso conhecido e entendido que exigir da recorrente a prova do recebimento do termo de opção pelo correio configuraria uma verdadeira prova diabólica, afirmando ainda que “nenhum processo pode ser considerado equitativo se exigir a realização de uma prova diabólica”.

No Agravo de Instrumento<sup>104</sup> Al 00003707120178050000, foi alegada pelo agravado, como uma das causas de pedir para o pedido de indemnização elaborado, uma promessa de construção de uma nova via de acesso ao empreendimento. No Acórdão de 30/09/2016 foi entendido que “as recorrentes não possuem condições de comprovar que nenhum dos seus corretores fez dita promessa

---

<sup>104</sup> Recurso interposto, em regra, contra decisões interlocutórias.

Só caberá agravo de instrumento, “quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”. (Cabimento nos termos do que previa o antigo Código de Processo Civil. Com a nova legislação em vigor, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento passam a ser taxativas, conforme art.º 1015º do C.P.C. de 2015).

ao recorrido. Desse modo, manter a inversão do ónus da prova acerca desse fato implica em exigir das agravantes a produção de verdadeira prova diabólica, o que não é juridicamente possível, cabendo ao recorrido comprovar que a alegada promessa lhe foi feita à época da celebração do negócio.”

O caso relativo ao Acórdão de Apelação nº 0046103-40.2010.8.26.0576, TJ-SP, 13ª Câmara de Direito Privado, 23.05.2012, trata de uma ação de inexigibilidade de cobrança de tarifas bancárias<sup>105</sup> em que o autor não possuía a cópia do contrato bancário realizado com o réu, motivo pelo qual reivindicou a sua apresentação pelo banco. Como não foi exibido tal documento, foi mantida a decisão da primeira instância que julgou a inexigibilidade da cobrança das tarifas em discussão porque entendeu que caberia ao banco juntar o documento. Era impossível para o autor produzir a prova de que não estava na posse de qualquer cópia do contrato celebrado, ao invés de que o Banco réu estaria em melhores condições para exibir o documento nos autos e, assim, possibilitar o juiz a analisar a necessidade ou não da tarifa bancária.

Reportemo-nos agora a um julgamento que ocorreu em 1996 relativo a responsabilidade civil por erro médico. Trata-se de uma ação de indenização que consubstanciava a condenação de um médico e de uma clínica no ressarcimento das despesas com o tratamento, lucros cessantes e prestação alimentícia vitalícia mensal devido a um erro cirúrgico. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>106</sup> entendeu pela procedência do pedido devido à ausência de provas apresentadas pelos réus no que toca à regularidade dos procedimentos adotados, uma vez que é o profissional que possui melhores condições e conhecimentos técnicos que permitam comprovar a regularidade dos procedimentos e inexistência de erros.

O processo relativo à Apelação nº 990.10.238614-7, 05/11/2010, versa sobre direito da família, sobre uma ação de alimentos. Conheceu-se a complexidade da produção de prova relativa a rendimentos da parte contrária. Em contrapartida e evidentemente, a parte contrária facilmente conseguia fazer prova dos seus rendimentos para a fixação da pensão alimentícia.

Outro caso de direito da família, mas este relativo a ação de separação judicial é o da Apelação nº 9069990-81.2007.8.26.0000, de 09/06/2011. Discute-se a partilha de bens, alegando a esposa que o seu cônjuge teria obtido proveitos económicos de investimento financeiro mediante desvio de dinheiro da conta bancária de ambos. Entendeu-se que seria mais fácil para o cônjuge marido provar

---

<sup>105</sup> As tarifas bancárias são as cobranças estabelecidas pelos bancos para a prestação dos seus serviços. Trata-se da remuneração paga pelo cliente ao banco pelos serviços contratados.

<sup>106</sup> STJ, 4ª Turma, Resp 69309/SC 1995/0033341-4.

que a quantia retirada da conta bancária teria sido utilizada em proveito comum da família, do que a cônjuge mulher fazer prova que o seu cônjuge teria utilizado o dinheiro em proveito próprio.

Num caso de responsabilidade civil relacionado com direitos de imagem, foi peticionada indenização e condenação por danos morais de uma empresa fornecedora de acesso à Internet, em consequência de anúncios que ofenderam a imagem do autor. Entendeu-se pela procedência do pedido, responsabilizando-se a ré pelos danos causados à autora, com o fundamento de que é o fornecedor dos serviços de Internet que possui melhores condições de provar pertinente no caso, qual seja, a de identificar o usuário responsável pelo anúncio.

No caso do Acórdão MS 20100010061720, de 11/09/2014, o autor foi demitido do seu ofício porque não apresentava o perfil para desenvolver as atividades de policiamento comunitário. No entanto, após constatação da invalidade do ato de demissão, entendeu o Tribunal que competia à entidade que o emitiu convalidar o ato, de forma excepcional, mediante exposição, mesmo que em momento posterior, dos motivos idôneos e preexistentes que formaram o motivo da demissão. Ora, caberia ao autor fazer prova da falta de avaliação prévia para determinar a sua inadequação para o cargo. No entanto o Tribunal considerou tal uma prova diabólica e determinou que caberia ao Estado a apresentação de provas ou de, pelo menos, uma justificação do ato, não admitindo a simples alegação de interesse público.

Num caso em que autora intentou uma ação contra a entidade prestadora de serviço de internet por si contratada, alegando que o respetivo serviço não funcionava no aparelho de sua casa, o Tribunal decidiu atribuir à autora e consumidora a prova de que a impossibilidade do serviço de internet tenha ocorrido por falha da entidade prestadora.<sup>107</sup>

Entre os exemplos acima expostos existem centenas de outros aos quais poderíamos recorrer para demonstrar que os Tribunais Superiores brasileiros têm sistematicamente afastado o ónus de produção de provas impossíveis ou extremamente difíceis. Entendem que as provas diabólicas estão em absoluta divergência com os princípios constitucionalmente consagrados, para além de representarem uma excessiva onerosidade para as partes.

---

<sup>107</sup> TJ-DF – Apelação ACJ 20151010003999.

## Capítulo III - A DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

### 3.1. Âmbito

A distribuição estática do ónus da prova pode ser concebida como uma regra particularmente relacionada com a ideologia do liberalismo, fundamentada através de princípios como o da legalidade e o da igualdade formal (perante a lei) das partes.

A lei determina, para todo e qualquer caso, indistintamente, que a cada parte compete provar as alegações que formulou (ónus objetivo), sendo que o juiz, mediante ausência ou insuficiência de prova, deve julgar contra a parte que detinha o ónus processual e não conseguiu fazer a prova que lhe incumbia (ónus objetivo).

Considera-se, assim, dois aspetos para distribuir o ónus da prova: a posição que cada parte ocupa na relação processual e a natureza dos factos que fundamentam as suas pretensões e exceções.

A atuação do autor é uma atuação ativa, enquanto o réu permanece numa situação defensiva, procurando demonstrar factos extintivos, modificativos ou impeditivos à pretensão do autor. É razoável e prático, não faria sentido pedir ao réu que provasse o direito constitutivo do autor nem que o autor levasse aos autos factos extintivos, impeditivos ou modificativos do seu direito. Em certa medida, esta rigidez do ónus da prova acaba por garantir a estabilidade e a segurança jurídica no sistema processual, ao considerar que há hipóteses em que o autor não terá condições de provar os factos constitutivos do direito que alega e o réu não terá condições de produzir a prova dos factos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

A questão que se pode colocar é a relativa ao facto de ao autor pertencer *sempre* o dever de provar os factos constitutivos do direito alegado e ao réu pertencer *sempre* a prova dos factos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Analisaremos adiante.

Quando se denomina a distribuição do ónus da prova de fixa, estática, rígida, inflexível, entre outros adjetivos análogos, quer mencionar-se que, aquela distribui o ónus probatório de forma apriorista e imutável, ou seja, que o juiz não poderá alterar as regras sobre o ónus da prova, no caso concreto.

A verdade é que esta rigidez do sistema de distribuição do ónus da prova foi vigorosamente defendida por Leo Rosenberg, que se opunha à atribuição casuística do encargo processual.<sup>108</sup>

Na ótica de Jeremy Benthan, jurista e filósofo utilitarista, a proteção deveria ser feita ao autor porque este não se atreveria a propor uma ação senão se encontrasse convencido da sua justiça, enquanto que o réu não teria outro propósito que não fosse contrariar a ação. Assim sendo, a responsabilidade da prova “deve ser imposta, caso por caso, à parte que puder satisfazê-la com menores inconvenientes, vale dizer, despesas menores, menor perda de tempo e menor incomodo.”<sup>109</sup>

Imediatamente, Pacífico manifestou-se no sentido de que a teoria de Benthan se afasta do princípio romano segundo o qual ao autor incumbe o ónus de provar o que alega.<sup>110</sup> Também recebeu crítica de Percatore, para quem o princípio romano é garantia de segurança e assegura que o opere cuidadosamente sendo que, se desaparecida tal regra, “os mas temerários e audazes se aventurarão a tentar a fortuna nos arbítrio e erros dos tribunais.”<sup>111</sup>

Já para René Demongue, na produção das provas, deve imperar o princípio da solidariedade e não o da independência das partes.<sup>112</sup>

O legislador português, positivou uma regra geral de distribuição do ónus da prova abstrata e estática, idealizando resolver todos os problemas associados ao procedimento probatório. O caráter abstrato e geral da norma é difundido sob o prisma da imparcialidade no tratamento das partes, sem distinção entre elas dentro do processo, norteadas pela igualdade de armas que lhes são concedidas quanto à possibilidade de produção de provas.

Em Portugal, conforme já mencionado, o magistrado, em caso de dúvida quanto à veracidade das alegações apresentadas pelas partes e atento à proibição expressa ao *non liquet*, faz recair sobre o réu a prova dos factos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor. É em consideração a esta distribuição abstrata, rígida e inflexível que se diz que o Código Civil Português adotou uma regra estática de distribuição do ónus da prova.

O modelo português de distribuição estática do ónus da prova, que assenta no posicionamento processual de cada uma das partes e no tipo de factos a serem provados, tem sofrido austeras críticas, como por exemplo, a dificuldade de se estipular com exatidão a natureza dos factos a serem provados em determinadas situações. O próprio legislador português tratou de resolver esta controvérsia no art.º

---

<sup>108</sup>“La cuestión de saber qué parte debe suportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida necesita una contestación basada en una regla de derecho fija, abstracta. La ciencia no puede ni debe renunciar a buca esta regla, la practica tiene necesidad de ella y exige de la ciencia que se la procure.” (*La carga de la prueba*, pág. 91)

<sup>109</sup>SOARES DE FARIA, S. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, pág. 38.

<sup>110</sup>PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ónus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 20-21.

<sup>111</sup>SOARES DE FARIA, S. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, pág. 39-40.

<sup>112</sup>DEMONGUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris: Librairie Arthur Rosseau, 1925.

342º nº 3 do C.C., certificando que, em caso de dúvida, o juiz deverá considerá-los como factos constitutivos do direito do autor.

Esta técnica processual é marcada por elementos que se destinam à conservação do *status quo ante*, no caso de a fase de instrução não ser suficientemente convincente para o magistrado, atuando como um autêntico padrão de normalidade. “Desta maneira, a decisão que culmina por atribuir ao autor a responsabilidade pela incerteza do órgão jurisdicional pode ser justificada na ideia de que a alteração da situação existente na esfera jurídica dos litigantes através de intervenção jurisdicional é, em princípio, medida que somente se opera em carácter excepcional.”<sup>113</sup>

### 3.2. Inconvenientes

Pode-se observar que a distribuição do ónus da prova, conforme foi elencada no ponto anterior, é bastante lógica, senão intuitiva. Não se poderia pensar, como regra geral, em nenhum outro modelo.

Estabelecida a regra estática, a discussão doutrinária acerca do ónus da prova limitou-se a circundá-la durante muito tempo. Esta regra permaneceu e ainda hoje se conserva, para alguns, como sendo o único “*ultimum refugium*” plausível para o juiz conseguir escapar ao “*non liquet*”.

A jurisprudência argentina advertiu a doutrina para o facto de que estas regras totalmente estáticas eram suscetíveis de acarretar resultados evidentemente injustos, já que, em certas situações, torna-se materialmente impossível, ou extremamente difícil, a produção da prova a que a parte está incumbida, perante situações de prova diabólica.

O problema surge, precisamente, nos casos excepcionais em que a rigidez da distribuição estática do ónus da prova impede um conhecimento aprofundado da realidade dos factos, o que acaba por motivar sentenças injustas.

Ao longo dos tempos tem vindo a perceber-se que esta distribuição estática, que valoriza a liberdade de ação das partes e a sua igualdade formal, mas desconsidera as particularidades de cada caso concreto e as transformações da relação de direito material, apresenta-se, muitas vezes, inadequada aos fins e objetivos do processo.

Uma vez que o ordenamento jurídico vincula e valida a verdade processual, é necessário que o legislador se dedique a delineá-lo no sentido de limitar o mínimo possível o conhecimento da realidade.

---

<sup>113</sup> REICHEL, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 341.

As normas estáticas do ónus da prova podem onerar a parte que mais dificuldades apresenta em produzir a prova. É que, como já vimos, ao lado dos casos de dificuldade ou impossibilidade objetiva de prova, as partes podem apresentar uma dificuldade subjetiva em realizar a prova (por motivos económicos, técnicos, sociais, pessoais e/ou fáticos), podendo acontecer que, pela aplicação das regras, o ónus recaia sobre a parte que não possui as melhores condições probatórias, pelos mais variados motivos externos ao processo.

As regras sobre a distribuição estática do ónus da prova podem ser geradoras de graves injustiças no caso concreto. Podem até ignorar por completo o acesso ao Direito e a efetividade da tutela jurisdicional, obstando a efetiva reivindicação individual de direitos e o acesso à justiça e rejeitando o direito a um processo equitativo, nomeadamente por violação do princípio da igualdade das partes e direito à prova. Neste sentido, pode verificar-se uma aplicação inconstitucional das normas processuais, em que ficam evidentemente violados direitos como a garantia do processo justo ou do acesso à justiça.

Rosenberg, sustentado na Teoria das Normas por si desenvolvida, defendeu veemente a distribuição estática do ónus da prova<sup>114</sup> pois, para ele, a distribuição proporcionada e invariável da carga da prova é uma premissa da segurança jurídica, já que “a questão de saber que parte deve suportar a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação de facto importante e controvertida, necessita de uma contestação baseada numa regra de direito fixa e abstrata. A ciência não pode nem deve renunciar a esta regra, a prática dela necessita e exige da ciência que a procure.”<sup>115</sup>

Ao dar ênfase ao princípio da segurança jurídica, Rosenberg desconsiderou outros princípios e outros valores (como o da igualdade, da cooperação, da efetividade, etc.) que são tão importantes e fundamentais quanto o que pretende salvaguardar.

Este jurista alemão considera difícil e controverso saber quais seriam as normas que devem ser consideradas favoráveis ao autor e quais as que são benéficas ao réu e, nessa medida, apresenta, como solução para este problema, uma classificação das normas que depende da relação que existe entre elas.

Ao defender que o ordenamento jurídico é composto por uma série de regras gerais que regulamentam os casos normais, cujos efeitos são limitados por um grande número de exceções,

---

<sup>114</sup>“La cuestión qué parte debe soportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida necesita una contestación basada en una regla de derecho fija, abstracta. La ciencia no puede ni debe renunciar a busca esta regla, la práctica tiene necesidad de ella y exige de la ciencia que se la procure.” (*La carga de la prueba*, pág. 91).

Sugestão de tradução: “A questão sobre qual das partes deve suportar a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação de um facto importante e discutido necessita de uma resposta baseada numa regra de direito fixe, abstrata. A ciência não pode nem deve renunciar a busca dessa regra, a prática tem necessidade dela e exige da ciência que a procure.”

<sup>115</sup>ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Pág. 18-19.



Rosenberg coloca, de um lado, a chamada *norma fundamental* que constitui a base da pretensão na maioria dos casos e consiste numa *norma constitutiva ou criativa de direito*; e, de outro lado, as demais normas que com esta se relacionam, a que chama *normas contrárias* e subdivide em: *normas impeditivas de direito* (impedem desde o início o aparecimento do efeito da norma constitutiva, não produzindo consequências jurídicas); *normas destrutivas de direito* (destroem o direito já nascido com a norma constitutiva e *normas exclusivas de direito ou inibitórias* (outorgam ao demandado um direito formativo cujo exercício exclui as normas constitutivas). Assinala que a norma constitutiva estabelece os pressupostos necessários para que um direito ou uma relação jurídica possa nascer e a norma impeditiva determina, excepcionalmente, que esse direito ou essa relação jurídica não podem nascer.

Na atualidade, encontramos no art.º 414º do CPC o reflexo desta corrente doutrinária. Este artigo estipula que “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”.

Afirma o Jurista: “*cada parte soporta esa carga respecto de la existencia de los presupuestos de aquel precepto jurídico cuyo efecto hace valer en el proceso. Sólo mediante la interpretación del derecho material es posible acertar el alcance de los hechos que deben constar (ser probados)*”.<sup>116</sup> Assim, deve-se averiguar, primeiramente, quais são os pressupostos dos preceitos jurídicos que incidem na aplicação concreta do direito alegado pelo autor e, depois, analisar se o autor alegou no processo todos esses pressupostos; se o réu fundamentou a sua contestação apenas impugnando os factos afirmados ou se alegou factos independentes que motivam a aplicação de outros preceitos e, finalmente, averiguar se foram provadas essas afirmações.

Note-se que Rosenberg, apesar de defender a aplicação de normas genéricas e fixas de distribuição, confere importância ao estudo do caso concreto.

No entanto, para ele, o papel das partes no processo não tem relevância para a distribuição do ónus da prova. Dá o exemplo da ação declarativa de simples apreciação negativa, dizendo que “*es cierto que el demandante debe sostener la afirmación de derecho de que la relación jurídica que es objeto del litigio no existe. Pero la carga de la afirmación y de la prueba no se distribuye de otro modo que en el caso en que se hubiera pedido de la declaración de la existencia de a relación jurídica o la prestación a base de ésta. Ello quiere decir: el estado de cosas que dió origen a la relación jurídica y cya no-existencia debe hacer constar, pertenece a la carga de la afirmación y prueba del demandado. El demandante sólo tiene la carga de la prueba en cuanto afirma circunstancias que corresponden a las características de una norma impeditiva, destructiva o excluyente, como, por ejemplo, que careció*

---

<sup>116</sup>ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. 2002. Pág. 107.

*de capacidade negocial en el momento de verificarse el contrato o que presto lo debido o declaro el desistimiento, etc.*"<sup>117</sup> Quem, por exemplo, quer fazer valer um crédito, tem o ónus da prova, quer seja na qualidade de autor que o pretende exigir, que seja na de réu a fim de proceder à compensação.

A teoria de Rosenberg, para além de se basear numa versão estática e rígida do ónus da prova, limita a livre apreciação do juiz no momento final da decisão e não a toda a condução da fase instrutório.

Podemos destacar mais três posições semelhantes a esta, de entre as principais. São as posições de Chiovenda<sup>118</sup>, de Carnelutti<sup>119</sup> e de Betti<sup>120</sup>.

O primeiro 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 e assim cada parte prova os factos pelos quais apresenta algum interesse processual.

Na corrente seguida pelo segundo, entre muitos, o interesse em provar é preponderantemente bilateral e o interesse na afirmação é um interesse unilateral: a parte tem de provar o facto que tem interesse em alegar. Nestes moldes, o risco da insuficiência da prova fica repartido entre as partes e quem tem que provar e não prova sofre o risco dessa mesma falta de prova.

Já no que diz respeito à corrente que é defendida pelo terceiro jurista enunciado, entende-se que o critério a adotar na distribuição do ónus probatório é o ónus da afirmação. A ação do autor é então o fator determinante na distribuição do encargo probatório e, por isso, o réu não deve ficar sujeito a qualquer risco pela ineficiência da prova mesmo que tenha o já referido interesse em afirmar. Como tal, primeiramente o autor faz a prova dos factos constitutivos do direito que invoca e só depois é que o réu deve fazer a prova dos factos que obstem ao efeito jurídico pretendido pelo autor.

Não obstante, a distribuição estática do ónus da prova tem sido duramente criticada pela doutrina, pelo fato de que, se aplicada de igual forma para todos os casos, tende a impossibilitar a cognição dos factos pelo julgador quando a parte sobre a qual recaiu o ónus probatório se encontra absolutamente impossibilitada de fazer prova - inviabilizando-se, desta forma, a tomada de uma decisão adequada e justa pelo juiz.

Há situações em que uma distribuição do ónus da prova realizada de uma forma fixa e estática resulta num verdadeiro obstáculo à atividade probatória, à cognição e ao estabelecimento de uma verdade melhor fundamentada no âmbito do processo. Encontrando-se atualmente assente a ideia de

---

<sup>117</sup> Ibidem, pág. 159

<sup>118</sup> CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. II, p. 92.

<sup>119</sup> CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, 1944, p.1214.

<sup>120</sup> BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 1936, p. 334.

que a formulação do juízo de facto e do direito a aplicar são questões relacionadas entre si, impõe-se uma revisão da questão da distribuição do ónus da prova, na qual a posição unicamente estática e pré-concebida deve ser preterida em prol de uma posição que admita, em casos determinados, uma flexibilização ou dinamização.

Aceite a ideia de uma necessária revisão ao tradicional esquema da distribuição do ónus da prova, permanecem ainda algumas questões e desafios a enfrentar. É o que analisaremos de seguida.

## **Capítulo IV. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA**

### **4.1. Teoria das cargas probatórias dinâmicas**

Como anteriormente analisado, a inversão judicial do ónus da prova configura-se como o mecanismo processual apto a corrigir as anomalias decorrentes da aplicação das regras da distribuição estática, uma vez que viabiliza a adequação e equilíbrio das partes no processo, evidenciando a igualdade material no caso concreto.

Ao lado do mecanismo da inversão judicial, surge a chamada teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. Esta denominação deve-se ao processo de adaptar regra de distribuição do ónus da prova perante os distintos casos concretos, daí o adjetivo “dinâmica”, ao invés da estudada distribuição estática, que opera de forma semelhante em todos os casos, indiscriminadamente.

Esta teoria tem raízes especialmente na Argentina, onde obteve a denominação de Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas. Tem sido amplamente difundida e bastante bem acolhida no seio jurídico naquele país e em vários outros, como Espanha, Uruguai e Brasil, especialmente no campo da responsabilidade profissional. O seu grande causídico é o jurista argentino Jorge W. Peyrano, tido como o motivador e executor da sua sistematização e cujos ensinamentos se podem introduzir com um excerto da sua obra: "*En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinámicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la*

*carga probatoria a quein - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.*"<sup>121</sup>

Contudo, é em Bentham que encontramos as raízes desta ideia. Já no século XIX o Jurista refutava a doutrina preponderante e advogava que o ónus da prova pertencia a quem lograsse produzi-la mais facilmente e com menores inconvenientes.<sup>122</sup>

Questiona-se: quem adotou primeiro a tese da flexibilização do ónus da prova? Foi Peyrano ou Bentham?

Bentham mal deslumbrou a insuficiência de regras objetivas para solucionar a questão do ónus da prova, logo defendeu que o juiz, em cada caso concreto, conferisse o encargo à parte que pudesse satisfazê-lo com maior facilidade e menores despesas. Veio, então, propor a substituição das regras objetivas defendidas pela doutrina então dominante por um critério flexível que atentasse às circunstâncias de cada caso concreto.

No que diz respeito ao defendido por Peyrano, este, por sua vez, apesar de entender que as regras objetivas devem ser afastadas quando estamos perante algum tipo de injustiça, não as recusa totalmente. Este Jurista sintetiza a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova nas seguintes conclusões: i) as cargas probatórias dinâmicas são exceções às regras gerais de distribuição do ónus da prova, fazendo recair o encargo sobre a parte que maiores condições tiver para a produção da prova, quer a nível técnico, profissional ou fáctico; ii) a invocação oficiosa, pelo juiz, da doutrina das cargas dinâmicas, no ato de proferir a sentença, pode expressar um risco para a garantia do direito de defesa em juízo; iii) a distribuição dinâmica é qualificada como uma "exceção", concebida para dar soluções adequadas a situações que receberiam, sem ela, respostas jurisdicionais injustas (de modo a apenas operar quando as regras rígidas de distribuição do ónus da prova se apresentem desapropriadas).

Esta teoria dinâmica afasta a rigidez das regras da distribuição do *onus probandi*, convertendo-as em flexíveis e adaptáveis a cada caso específico. Não é relevante a posição da parte, se é autora ou ré, assim como também não interessa a espécie do facto (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo), o que interessa é que seja valorado, pelo juiz em cada caso concreto, qual é a parte que possui uma posição favorável para arcar com o ónus da prova e, nessa sequência, imponha o encargo

---

<sup>121</sup> Sugestão de tradução: "De forma a identificar a categoria das 'cargas probatórias dinâmicas', visualizamos - entre outras - como parte da mesma, aquela segundo a qual se incumbe a carga probatória a quem - pelas circunstâncias do caso e sem que interesse se desempenha o papel de autor ou de réu - está em melhores condições para produzir a respetiva prova." - PEYRANO, Jorge W., *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, in, *Lãs Responsabilidades Profesionales* -, La Plata: LEP, 1992, p. 263.

<sup>122</sup>BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução para o castelhano de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 149.

de provar os factos à parte que consiga produzir a prova com menos obstáculos complicações, desembolsos, atrasos etc., mesmo que os factos que são objeto de prova tivessem sido trazidos pela parte contrária. Nesse seguimento, se a parte incumbida de prova, não conseguir produzi-la ou se o fizer de forma deficiente, sobre ela recairão as regras do ónus da prova, precisamente por não ter cumprido com a obrigação determinada judicialmente.

Dinamizar o ónus da prova é, precisamente, atribuir-lhe carácter dinâmico, permitindo ao magistrado transformar a regra estática em algo dinâmico e ativo, mediante a observação de determinados elementos conceptuais e estruturais. A dinamização pretende solucionar a inexequibilidade de ser elaborado um critério geral de distribuição do ónus da prova que preencha todas as hipóteses de aplicação do direito face a situações de incerteza e dúvida relativamente à situação fáctica. Como a sua designação sugere, retrata a capacidade de ser flexível, tendo como maior particularidade a adequabilidade a cada caso concreto de forma a assegurar o direito material a quem realmente o tem, encontrando-se em sintonia com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Esta teoria não tem como o objetivo conceder ao julgador amplos poderes ao ponto de permitir arbitrariedades. No entanto, é incontestável que, à luz da teoria dinâmica e diversamente do que sucede na distribuição estática, é dada ao juiz uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras do ónus da prova e isso gera mais comunicação e cooperação entre as partes e o órgão jurisdicional, como resultado imediato dos princípios da boa-fé, da cooperação, da solidariedade, etc. Se, após análise do processo, o juiz entender que, segundo a lei, o ónus da prova vai incidir sobre aquela parte que tem menores condições de suportá-lo, defende-se que deverá modificar a distribuição do ónus da prova em benefício da parte técnica ou economicamente dependente. Em síntese, pretende-se remover, de quem se encontrar em manifesta debilidade, o fardo que acarreta a carga da prova, fixando-o sobre quem está em melhores condições para a produção de toda a prova fundamental ao desfecho do processo.

Na realidade, o julgador não aplica a teoria da dinamização de forma arbitrária. Necessita ter sempre em consideração os ditames constitucionais e sistemáticos. Não atua movido pela mera discricionariedade, mas sim por um verdadeiro poder-dever, diante das garantias e direitos fundamentais que envolvem a matéria sob si colocada para análise.

Procura-se, desta forma, afastar a *probatio diabolica*, que, como vimos, se encontra, de forma direta, relacionada com a impossibilidade financeira, material, , técnica, informacional ou social da parte obrigada a se desobrigar da carga processual, através de uma adequação do ónus da prova ao caso concreto.

Sendo assim, esta teoria instrumentaliza um paradoxo importante para a ciência jurídica, que se relaciona com a oposição entre a possibilidade do aumento da certeza e a possibilidade da diminuição das desigualdades na falta de certeza fáctica.

É verdade que a teoria dinâmica do ónus da prova visa corrigir as carências e as incongruências da teoria estática, no entanto, constitui uma exceção à teoria geral.

Temos a crer que a técnica da inversão judicial do ónus da prova e a dinamização do mesmo são institutos que não se podem confundir.

Na teoria das cargas dinâmicas, há uma atribuição *ex novo* do ónus da prova tendo em conta as circunstâncias do caso, o ónus é distribuído de forma originária e não posteriormente a uma distribuição já realizada de acordo com a lei.

Quando há inversão judicial, a regra estática é redistribuída de modo inverso. Apenas é possível distribuir de forma diferente aquilo que já se encontra distribuído, bem como só se pode inverter o que já está estabelecido.

Neste sentido, a teoria da distribuição do ónus da prova é mais técnica e precisa do que o instituto da inversão judicial, já que o termo “inversão” não representa aquilo que acontece na relação jurídica processual com a sua ocorrência, acabando por ser absorvido pela teoria da distribuição dinâmica.

Não se afigura minimamente possível que o juiz seja capaz de atender às particularidades de cada caso concreto dada a rigidez do sistema das regras legais que recaiam sobre o ónus da prova com que se depara. Como tal, é absolutamente necessário que sejam conferidos ao juiz poderes para garantir às partes os mesmos instrumentos de atuação que restabeleçam o equilíbrio quebrado pela diferença económica, cultural, social, etc. A isto a doutrina italiana denominada *parità di armi*, reflexo do princípio constitucional da igualdade e é, precisamente, o que a teoria das cargas probatórias dinâmicas procura atender. Então, como o juiz não dispunha de poderes suficientes para garantir aos

mais carenciados o mesmo *status* dos economicamente mais abastados, cumpre-lhe restringir esta diferença, conferindo eficácia às garantias constitucionais do processo.

Esta teoria recebeu as seguintes objeções: a primeira prende-se com o facto de que a mesma carece de texto legal; em segundo lugar, foi-lhe apontada a ofensa ao princípio do devido processo legal e, por último, a teoria foi também reprovada pela sua pretendida inutilidade porque a solução de casos particulares poderia ser encontrada por outros meios, como a prova do fato negativo, a denominada matéria de prova difícil, os indícios e presunções etc.

No entanto, quanto a isto, Peyrano referiu o seguinte: uma vez que a lei não é a única fonte de direito e dada a importância dos ensinamentos da doutrina, a ausência de texto legal não pode constituir razão para a inadmissibilidade da teoria. Depois, afirma que não há qualquer tipo de ofensa ao princípio do devido processo legal, já que cumpre ao magistrado analisar todas as circunstâncias do caso em concreto. No que toca ao argumento da “inutilidade”, Peyrano observa que tais elementos não seriam suficientes para resolver casos especiais como o simbólico de que resultou a formulação da teoria das cargas dinâmicas, que foi o do erro cometido por médico em cirurgia.<sup>123</sup>

#### **4.2. A distribuição dinâmica do ónus da prova no Brasil**

No Brasil, a distribuição do ónus da prova encontrava-se prevista no art.º 333º do CPC de 1973 (CPC antigo) e formava uma regra estática.

No entanto, entendeu-se que essa distribuição, pensada pelo modelo liberal (individualista e capitalista) desenvolvido pelo Código de Processo Civil de 1973, por se mostrar diabólica, poderia inviabilizar a tutela efetiva dos direitos. Afinal, como então reconhecia Francesco Carnelutti, o direito substancial só se poderia realizar através do processo se fosse “vestido pela prova”.<sup>124</sup>

É necessário, todavia, compreender que, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a inversão judicial do ónus da prova não deve ser equiparada a algumas situações legais de “inversões” nas quais já se tem pré-estabelecida, em abstrato, a presunção de factos em benefício do consumidor.

Essas hipóteses de presunção legal podem ser apuradas nos casos de responsabilidade por facto do produto e do serviço, consagrada no art.º 12, § 3º do CDC<sup>125</sup>, em que se presume existir um

---

<sup>123</sup> PEYRANO, Jorge Walter. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *O processo em perspectiva* (homenagem a José Carlos Barbosa Moreira). São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>124</sup> *La prova civile*, 2016.

<sup>125</sup> Art. 12. [...]

vício do produto ou do serviço colocado no mercado de consumo, bem como no caso de publicidade enganosa, em que se atribui o ônus da veracidade e da correção de informação ao respetivo patrocinador (art.º 38 do CDC<sup>126</sup>). Por isso, como bem assinala HUMBERTO THEODORO JR.<sup>127</sup>, deve-se distinguir de forma clara a inversão legal do ônus da prova (presunção pré-estabelecida pelo legislador) e a inversão judicial do ônus probatório (realizada pelo juiz).

A constatação da vulnerabilidade do consumidor no mercado ocasionou a consagração de normas específicas de proteção, principalmente a partir da década de 70. A Resolução 39/42 da Organização das Nações Unidas (ONU), publicada em 1985, reflete a existência de um consenso acerca da necessidade de proteção do consumidor pelo Estado. Esta Resolução recomendou aos governos que desenvolvessem e reforçassem uma política de proteção ao consumidor para atingir objetivos ligados à proteção da saúde e segurança; ao fomento e proteção dos interesses económicos do consumidor; ao fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; entre outras.

É neste contexto que o Brasil normatiza a proteção do consumidor na Constituição Federal de 1988 que abarca a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais (art.º 5º, XXXII), reconhecendo, desta forma, mesmo que implicitamente, existir uma desigualdade material entre consumidor e fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor protege o consumidor, tido como o sujeito mais fraco da relação jurídica de consumo, através de normas materiais, administrativas, penais e processuais. A lei instituiu alguns benefícios processuais de forma a simplificar a defesa dos interesses do consumidor, como seja a inversão do ônus da prova (art.º 6º, VIII); a proibição de denúncia em certas situações (art.º 13º, parágrafo único c/c o art.º 88); a possibilidade de intentar a ação no domicílio do consumidor (art.º 101, I) bem como a proteção dos direitos individuais no mercado de consumo (art.º 81º a 104º).

O aparecimento do CDC, no ano de 1990, estimulou a discussão acerca do emprego da Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova no Brasil. Tendo como fundamento a dificuldade prática que os consumidores enfrentam na demonstração dos elementos fácticos que integram a causa de

---

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

<sup>126</sup> "Art.º 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina."

<sup>127</sup> THEODORO JR., Humberto. Repensando a Prova Civil, in Revista Doutrina - 9. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, p.23.



pedir, o art.º 6º, VIII, assegura e facilita a defesa do consumidor através do instituto da inversão do ónus da prova.

O disposto neste artigo é, maioritariamente, apreendido pela doutrina como uma inversão *ope judicis*, ou seja, que sucede por determinação do juiz. Por isso, entende-se que não se trata de uma inversão legal e automática, mas sim resultante da análise objetiva do juiz no que concerne à presença dos respetivos pressupostos.

Mas há quem entenda<sup>128</sup> que esta norma retrata uma inversão *ope legis* (que decorre de determinação legal) já que concede poder ao juiz, apenas, para aferir, no caso concreto, a presença das condições que determinam a inversão, porquanto, uma vez identificadas, torna-se consequência necessária a decisão pela inversão do ónus da prova.

Somos a crer que esta divergência não tem relevo na prática. Independentemente da opinião adotada, há sempre a necessidade de verificação por parte do juiz, no caso concreto, dos requisitos referidos na norma do art.º 6º, VIII do CDC para que seja admissível a aplicação da inversão do ónus da prova.

Importa fazer aqui também uma breve análise relativa à distribuição do ónus da prova no direito do trabalho brasileiro que, na sua formação e princípios, se verifica uma relação com o direito do consumidor, pois que os dois procuram a proteção da parte menos favorecida e diminuição do desequilíbrio inerente ao plano fáctico do contrato.

Independentemente das regras relativas à distribuição do ónus da prova entre cada parte envolvida no processo, quer a doutrina, quer a jurisprudência, têm admitido, em alguns casos, a inversão do ónus da prova que, inicialmente seria do trabalhador, com o objetivo de proteger a parte mais frágil da relação jurídica. Desta forma verifica-se, também na justiça do trabalho, uma tendência alicerçada na debilidade do trabalhador nas relações de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>129</sup> estipula, no seu art.º 818º, que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Ou seja, CLT não consagra expressamente a inversão do ónus da prova, contudo, com o aparecimento do Código de Defesa do Consumidor, o julgador começou a deparar-se com todo um apoio legal que lhe permite solucionar as divergências trazidas a juízo e, dessa forma, harmonizar a diferença que existe entre as partes na relação laboral. O art.º 6º

---

<sup>128</sup> GDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ónus da prova no código do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, p. 36, 1995

<sup>129</sup> A CTL é a lei do Brasil referente ao direito do trabalho e ao direito processual do trabalho. Foi criada através do Decreto-Lei n.º 5 452, de 1 de maio de 1943 e promulgada pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo, entre 1937 e 1945, unificando toda legislação de direito do trabalho existente no Brasil.

VIII do CDC está apto a aplicar-se, de forma subsidiária, para resolver o problema da dificuldade ou impossibilidade de prova.

A doutrina e jurisprudência atual apresentam interpretações mais flexíveis das regras do ônus da prova definidas nos artigos 818º da CLT e 333º do CPC, garantindo uma maior efetividade ao acesso à ordem jurídica justa, através da tutela do direito da parte que não dispões de condições de produzir a prova do facto constitutivo do direito que alega.

Atualmente no direito processual laboral brasileiro existe a tendência de redistribuir o ônus da prova, atribuindo-o ao empregador.

É óbvio que, no processo do trabalho se verifica de extrema importância a inversão do ônus probatório, dada a maior fragilidade do trabalhador na relação contratual, porque não possui as mesmas facilidades que tem o empregador. Para que o acesso à justiça laboral seja mais concreto, efetivo, célere e justo torna-se necessária a aplicação da inversão do ônus probatório tal como estipula o Código de Defesa do Consumidor.

Mais tímida surgiu a teoria dinâmica âmbito do direito ambiental. Num Acórdão datado de 2009, entendeu o STJ o seguinte: “nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado e não eventual *hipossuficiência* do autor da demanda em relação ao réu conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art.º 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art.º 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento.”<sup>130</sup>

O que gerou um intenso e ativo debate na doutrina e jurisprudência foi o momento processual em que se deve verificar a inversão do ônus da prova. Não se aceitou a inversão no momento inicial do processo porque, uma vez que sucederia antes das alegações do réu, estar-se-ia perante um julgamento antecipado da causa. Mas também não se concordou que a mesmo deveria ser realizada

---

<sup>130</sup> REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009. REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/8/2009.

no momento do julgamento, já que tal violaria as garantias processuais do fornecedor, no sentido em que não lhe seria dada oportunidade de defesa adequada, posto que a decisão sobre a inversão só se conheceria em momento que não haveria mais oportunidade de defesa.

Como solução a tão controverso problema, o STJ decidiu que a inversão deve ocorrer na fase de saneamento<sup>131</sup> do processo, de modo a evitar o fator surpresa, permitindo ao fornecedor, na hipótese de deferimento da medida, produzir as provas respetivas.

Também no Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (art.º 12º, § 1.º, 1.ª parte)<sup>132</sup>, bem como no Anteprojeto de Processos Coletivos (art.º 11, § 1.º)<sup>133</sup>, se estipulou que o ónus da prova caberia a quem detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os factos, ou maior facilidade na sua demonstração.

Estas posições influenciaram a redação do art.º 373º, § 1º do NCPC brasileiro (de 2015)<sup>134</sup>, que consagra que a distribuição dinâmica do ónus da prova deve ocorrer mediante decisão fundamentada “caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe foi atribuído”.

Na teoria das cargas probatórias dinâmicas, a simplificação da realização da prova para a tutela do bem jurídico não impõe a prévia análise do magistrado (*ope iudicis*) de critérios predeterminados de inversão do *onus probandi*, tal como no art.º 6.º, VIII, do CDC. Com efeito, na distribuição dinâmica do ónus da prova, não há uma verdadeira inversão, porque só se poderia falar em inversão no caso de o ónus ser determinado prévia e abstratamente. Assim não sucede com o

---

<sup>131</sup>Fase que se situa num momento intermédio da marcha processual, após a apresentação dos articulados pelas partes e antes do início da produção de prova. Faz-se uma gestão dos elementos até aí recolhidos com vista à sua organização para as fases seguintes, ou, encontrando-se reunida toda a matéria necessária, resolvendo-se em definitivo as questões possíveis, total ou parcialmente.

<sup>132</sup> “O ónus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

<sup>133</sup> “Sem prejuízo do disposto no art.º 333 do CPC, o ónus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração” (GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos*. p. 455).

<sup>134</sup> Art.º 373º:

O ónus 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 ónus 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 ónus 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 ónus 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.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

método da distribuição dinâmica, porque esta dá-se no caso concreto. O magistrado continua a dirigir a fase instrutória do processo, mas, agora com poderes maiores, porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (art.º 333º do CPC de 1973), para seguidamente inverter o *onus probandi* (CDC, art.º 6.º, VIII), cabe apurar, no caso concreto, qual a parte se encontra em melhores circunstâncias de produzir a prova e, assim, distribuir esse ónus entre as partes (art.º 373º, § 1.º do NCPC de 2015).

O facto de o legislador ter estabelecido um critério judicial que atua como facilitador processual (art.º 6º, VIII) após reconhecer a dificuldade de o consumidor, em algumas hipóteses, comprovar os factos constitutivos do seu direito, possui certa correspondência com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova no que diz respeito à proteção da parte processual mais fraca.

O ponto de contacto entre os institutos da inversão do ónus da prova e a teoria dinâmica é, precisamente, essa tal proteção da parte mais desfavorecida, que, no CDC, é apenas um dos critérios a ser valorado pelo juiz no caso concreto. Ambos são métodos judiciais de análise dos factos e do conjunto probatório.

Só através das máximas da experiência é possível o reconhecimento da dificuldade ou impossibilidade da parte em fazer a prova, uma vez que se trata de um critério judicial de reconhecimento da prova de um facto pelo consumidor, no caso do CDC, ou da imposição do ónus da prova à parte que tem melhores condições a produzi-la, no caso da teoria da distribuição dinâmica conjecturada no CPC.

O CDC reconhece a possibilidade de utilização de critério dinâmico do ónus da prova unicamente a favor do consumidor-autor. Portanto, não se admite a inversão numa eventual ação proposta pelo fornecedor contra o consumidor. A imposição ao consumidor da prova de um facto impeditivo, modificativo ou extintivo que, por regra, compete ao fornecedor, expressaria uma total alteração do sistema.

A distribuição dinâmica do ónus da prova, tal como prevista no novo CPC brasileiro, não se aplica às relações de consumo. Não obstante, a prática e jurisprudência formadas em redor do art.º 6º, VIII do CDC, devem nortear as eventuais dificuldades hermenêuticas que o art.º 373º do novo CPC apresente, particularmente em relação ao conceito de “parte com menores condições”.

O Código Modelo e, na sua esteira, o novo Código de Processo Civil brasileiro revolucionam o direito probatório, ao afastarem a prévia e abstrata distribuição do ónus da prova, desvinculando o magistrado dos critérios relativos à posição de cada parte em juízo e das espécies de factos controvertidos, indicada pela técnica contida no art.º 333º do CPC de 1973.

Esta nova legislação foi entendida como um reforço do senso comum e das máximas da experiência, já que admite que quem deve provar é quem possui maiores e melhores condições de comprovar o facto controvertido, de maneira a impedir que uma das partes permaneça imóvel na relação processual quando a complexidade da prova a favoreça.

A principal diferença entre a técnica da inversão contida no art.º 6.º, VIII, do CDC e a teoria da distribuição dinâmica da distribuição, é que a primeira depende da caracterização concreta de relação de consumo. A título de exemplo pode mostrar um caso em que o STJ<sup>135</sup> considerou que não deve ser aplicada a inversão do ónus da prova, pelo art.º 6.º, VIII do CDC, quando o cliente (empresário) não é o consumidor final, porque fez um empréstimo bancário, para a geração de capital.

A inversão do ónus da prova, como forma de proteção do direito material, pela técnica da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, encontra apoio na dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (Constituição Federal, art.º 5.º, XXXV). De resto, como já constatado, encontra-se recomendada no art.º 12, § 1.º, 1.ª parte, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e foi materializada no art.º 11, § 1.º, do Anteprojeto brasileiro do CPC Coletivo.

Também o Projeto da nova Lei de Ação Civil Pública, enviado pelo Ministério da Justiça ao Presidente da República Federativa do Brasil, em abril de 2009, alude à distribuição dinâmica do ónus da prova. No seu art.º 20º, IV a VIII, o Projeto prevê que o juiz, quando não seja possível a conciliação ou outra forma de solução de conflito, fundamentadamente: “IV – distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração; V – poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas; VI – poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa; VII – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ónus da prova; e VIII – poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”.

Contudo, o projeto não foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça. Entretanto, o mesmo projeto foi reapresentado pelo Deputado António Roberto (PV/MG), em 28.09.2012, tornando-se o Projeto 4.484/2012, encontrando-se atualmente a ser tramitado na Câmara dos Deputados.

---

<sup>135</sup> STJ, REsp 716.386, 4.ª T., j. 20.08.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

Em 2008, o Deputado Federal Manoel Junior (PSB-PB) apresentou o PL 3.015, que pretendia introduzir um novo parágrafo ao art.º 333º do CPC de 1973, e dizia o seguinte: “É facultativo ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”. Sucede que, o novo Código de Processo Civil como que rejeitou a proposta contida do Deputado Federal Manoel Junior, porquanto não será a dificuldade do caso concreto que deve delimitar a distribuição do ônus da prova, mas sim a tutela do direito material, devido à complexidade apresentada a uma das partes de produzir a prova, em prejuízo da outra, que pode produzi-la com menos complexidade.

Além de que, o novo Código de Processo Civil não contempla a inversão do ônus da prova como uma faculdade do juiz, mas sim como um poder-dever. Comprovado que o réu tem melhores condições de produzir a prova, o magistrado tem mesmo o dever de distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, sob pena de inconstitucionalidade, por violação do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva prevista no art.º 5.º, XXXV da Constituição Federal do Brasil.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é a exceção à regra geral, sendo a regra geral do sistema probatório brasileiro a distribuição legal do ônus da prova entre o autor (a quem pertence a prova dos factos constitutivos do direito que alega) e o réu (a quem cabe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor) (CPC 373º, I e II).

É desta forma que o direito brasileiro resolve o problema das já estudadas provas diabólicas, contornado o desequilíbrio anormal entre as partes que as mesmas geram.

Aquela visão estática que obriga o autor a provar os factos constitutivos do seu direito e ao réu os factos impeditivos da pretensão contra si formulada, em plena desconsideração pelas condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos do atual processo civil brasileiro, nem se coaduna com uma grande quantidade de circunstâncias fácticas e jurídicas apresentadas em juízo e vivenciadas no ordenamento brasileiro.

Pese embora a teoria dinâmica do ônus da prova não ser uma novidade no direito brasileiro, como se viu (no ponto 3.4.2.), sendo já abordada em diferentes acórdãos antes da entrada em vigor do NCPC, ganhou importância a partir da aplicação do mesmo, que a passou a contemplar de forma expressa.

É claro que é necessário discernimento e equilíbrio na efetivação do estipulado no art.º 373º, §§ 1º e 2º do NCPC, de forma a que a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova se mostre uma técnica processual apta a garantir a igualdade entre as partes.

Acreditamos que a inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil brasileiro é merecedora de aplausos. Porém, a teoria da distribuição dinâmica tem que ser bem aplicada para que a justiça se efetive nos casos concretos. Não é necessário apenas que existam boas leis, mas que as mesmas sejam bem aplicadas. Tal com se torna necessário que a atividade do legislador, para que produza decisões justas, seja complementada pela correta atuação processual das partes e de todo o órgão judicial.

### **4.3. A distribuição dinâmica do ónus da prova em Portugal**

Cumpre, aqui chegados, uma análise sistemática e criteriosa da legislação constitucional, processual e civil portuguesa, para, posteriormente, tomarmos uma posição sobre a adoção da teoria da carga dinâmica da prova no nosso ordenamento jurídico.

O Direito Civil português corroborou a doutrina de ROSENBERG relativa à distribuição do ónus da prova, decorrente da adoção da já mencionada Teoria das Normas.

Embora não concordemos com alguns pontos da tese de Rosenberg, designadamente pela possibilidade de falha em determinados casos concretos, o regime legal português de distribuição do ónus da prova sofreu, inegavelmente, forte influência da sua teoria.

É o art.º 342º do nosso C.C. que consagra a distribuição do ónus da prova no nosso ordenamento. Nos termos deste preceito, “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”, sendo que, de acordo com o estatuído seu número 2, “a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”.

De acordo com o art.º 343º nº 1 do C.C., “nas ações de simples apreciação ou declaração negativa, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga”. Nestes casos, ocorre a inversão do ónus da prova. É assim porque se entende que, ao estarmos perante um facto negativo que é sempre mais trabalhoso de provar do que um facto positivo, quem está em melhores

condições de fazer prova da existência de um direito é a parte contra quem é invocada a inexistência desse direito.

No que respeita às “ações que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor tenha tido conhecimento de determinado facto”, determina o n.º 2 do supracitado art.º 343º que “cabe ao réu a prova de o prazo já ter decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei”.

Tal como explica Arnaldo César Miguel Ribeiro Sapalo<sup>136</sup>, o n.º 2 do mesmo preceito legal, estabelece que, “no caso de o direito invocado pelo autor estar sujeito à condição suspensiva (acontecimento futuro e incerto de cuja verificação as partes tenham deixado dependente a produção dos efeitos do negócio jurídico) ou a termo inicial (momento temporal após o qual ocorre o surgimento do direito), cabe ao demandante a prova de que a condição se verificou ou o termo se venceu; se o direito estiver sujeito a condição resolutiva (acontecimento futuro e incerto de cuja verificação as partes tenham deixado dependente a cessação dos efeitos do negócio jurídico) ou a termo final (momento temporal após o qual ocorre a extinção do direito), cabe ao réu provar a verificação da condição ou o vencimento do prazo.”

Já o art.º 344º do C.C. trata da inversão do ónus da prova, o que equivale a dizer que trata da distribuição do ónus da prova de uma maneira diferente da contida na regra geral do art.º 342º do C.C. Quer dizer, as regras suprarreferidas invertem-se no caso de presunção legal, dispensa do ónus da prova ou convenção válida nesse sentido e, geralmente, sempre que a lei assim estipule (n.º1). Existe também uma inversão do ónus da prova, “quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” (n.º2).

Para além destas formas, é também possível que a inversão ocorra por acordo entre as partes, isto é, por via convencional. Tal inversão comporta, no entanto, algumas limitações, estipuladas no n.º 1 do art.º 345º do C.C. que refere que “é nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível<sup>137</sup> ou quando a inversão torne excessivamente difícil à uma das partes o exercício do direito”. Como determina o n.º 2 do mesmo artigo, “a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admita um meio de prova diverso dos legais, mas se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias”.

---

<sup>136</sup> SAPALO, Arnaldo César Miguel Ribeiro. “A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal.”. Sol Nascente – Revista do Centro de Investigação sobre Ética Aplicada | CISEA

<sup>137</sup> Direito indisponível é aquele de que a parte não pode dispor por mera manifestação de vontade nesse sentido.



O art.º 346º do C.C. possibilita que a parte contrária, em relação “à prova produzida pela parte sobre quem recai o ónus da prova, oponha contraprova a respeito dos mesmos factos, com vista a torná-los duvidosos; se o conseguir, é a questão decidida contra a parte onerada com a prova”.

No que refere à prova legal plena, esta “só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que dela for objeto, sem prejuízo de outras restrições especialmente determinadas na lei” (art.º 347º).

Relativamente ao direito consuetudinário, local ou estrangeiro, é àquele que invocar o direito que “competete fazer prova da sua existência e conteúdo, mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respetivo conhecimento” (art.º 348º).

Já o art.º 2405º do Código de Seabra se havia ocupado do problema relativo à repartição do ónus da prova, ao preceituar que a obrigação de provar pertence a quem alega o facto. Embora se notasse certa preocupação por parte do legislador a respeito do tema, até à elaboração do CPC de 1939, momento em que foi atribuída natureza processual ao ónus da prova, não existia qualquer elaboração aprofundada sobre o tema.

O Código Civil de 1966 foi um importante passo na evolução do tema do ónus da prova em Portugal. A Comissão encarregue da elaboração do projeto do Código, sugeriu a formulação de uma regra de distribuição do ónus da prova que resolvesse os problemas daí advindos, muito embora reconhecesse a dificuldade de tal criação.

As normas contidas nos dois números do art.º 343º do C.C. atribuem ao legislador substantivo a tarefa de, em cada caso específico, distribuir o ónus probatório. “O critério que, em cada caso, preside à distribuição do ónus da prova é, assim, o critério – qualquer que tenha ele sido – que presidiu à opção legislativa de eleger um facto como típico e de o considerar como sendo constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo da posição invocada.”<sup>138</sup>

São normas que refletem a teoria das normas de Rosenberg acerca do critério de distribuição do ónus probatório, no entanto não a encerram, nem são a fonte deste critério. Diga-se, não parece que o próprio Rosenberg veja interesse na previsão de uma regra geral principal da distribuição do ónus da prova, sem existência na *Zivilprozessordnung*<sup>139</sup> alemã, distinguindo o art.º 269º do Código de Processo Civil húngaro de 1911 para criticar a regulamentação geral, indicando-a como inapropriada.

---

<sup>138</sup> FARIA, Paulo Ramos de. “A dispensa do ónus da prova e o direito constitucional a um processo equitativo”. In Julgar Online, dezembro de 2016.

<sup>139</sup> O Código de Processo Civil alemão (em alemão: *Zivilprozessordnung*), conhecido pelo acrónimo (ZPO) é uma lei que regulamenta o processo judicial civil na República Federal da Alemanha e que foi promulgada em 1877, tendo entrado em vigor em 1879.

Alexander Der Schmidt cita o seguinte: “O ónus da prova recai sobre a parte que tem interesse em que o tribunal considere como verdadeiros os factos afirmados. Por conseguinte, os factos que servem para fundar algum direito devem ser provados pela parte que faz valer este direito; de outro lado, os factos que excluem a realização do direito feito valer ou que o anulam devem ser provados pela parte que se opõe à pretensão”<sup>140</sup>. De acordo com Alberto dos Reis, esta é a prescrição que em concordância com doutrina da norma atualmente consagrada no art.º 414º do CPC<sup>141</sup>, que preconiza que “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.”

Não há dúvidas que as teorias baseadas na natureza dos factos e na posição processual das partes constituíram-se importantíssimas na evolução das teorias relativas ao ónus da prova, mas, hoje não são aptas a servir de critério geral, deixando por resolver inúmeros casos.

Antunes Varela, M. Bezerra e Sampaio e Nora<sup>142</sup> ao mesmo tempo que tecem críticas em relação ao art.º 342º do C.C., que dizem não servir, nem sequer em tese, para solucionar o problema do ónus da prova, também defendem sua influência e inspiração na doutrina de Rosenberg e interpretação e aplicação das regras do art.º 342º de acordo com a graduação sistemática das normas de direito substantivo.

Pedro Múrias<sup>143</sup> admite a influência da teoria das normas no direito português, no entanto, após análise detalhada desta e do princípio do agressor e da teoria das normas modificada de Leipold, compreendeu que nem a tese de Rosenberg nem nenhuma outra já sugerida servem como regra geral para repartir o ónus da prova. Múrias sugere, por isso, que se repense o art.º 342º, nº 1 e 2 do C.C., mas acaba por não propor nenhuma solução concreta.

Após a publicação do Código Civil português, tem defendido a doutrina portuguesa uma nítida influência da Teoria das Normas de Rosenberg no regime legal de repartição do ónus da prova, pese embora terem sido levantadas diversas críticas à citada doutrina.

Do que ficou exposto é possível retirar que, a par da regra geral, o legislador português preocupou-se em acautelar casos especiais e de inversão de distribuição de ónus da prova, o que demonstra claramente que admite e reconhece que nem todos os casos podem ser resolvidos com a mesma solução de distribuição. Como tal, nota-se que o legislador português efetivamente se deparou com o problema jurídico da prova diabólica e não ficou indiferente a ele.

---

<sup>140</sup> ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*.

<sup>141</sup> REIS, JOSÉ ALBERTO DOS. Código de Processo Civil Anotado, Vol. III, 1985, Coimbra, Coimbra Editora, p. 280

<sup>142</sup> VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*.

<sup>143</sup> MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*. Lex-Edições Jurídicas, abril de 2000.

Importa, assim, fixar uma regra geral que mais satisfatoriamente dê uma solução para a maioria dos casos, de tal forma que permita decisões justas e imparciais, com a segurança jurídica que deve nortear o direito.

É que, conforme lembra o professor Alberto dos Reis<sup>144</sup>, a formulação de um princípio geral que dissolva todas as dúvidas relativas à distribuição do ónus da prova é difícil, se não mesmo impossível.

Conforme já revelado, ao longo deste trabalho, a jurisprudência portuguesa tem resistido à aplicação flexível do ónus probatório, tendo em conta a melhor condição probatória de uma das partes, sendo raros os casos em que é possível extrair do espírito do julgador a ideia de dinamizar o ónus da prova. Consideramos pertinente dissertar de uma forma mais meticulosa três casos, um relativo à responsabilidade médica, outro em matéria de direito bancário relativo ao *homebanking* e, por último, um caso concernente a dívidas hospitalares.

Ora, temos visto que o ónus da prova é uma matéria determinante na concreta resolução dos litígios, mas entendemos que em matéria de responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado, a determinação do ónus probatório é ainda mais relevante, por diversas razões. É que estamos perante prova diabólica, não só pelo facto de se tratar de ilicitudes baseadas num incumprimento ou cumprimento defeituoso de uma prestação *de facere* não demonstrável por processos mecânicos, mas também por se tratar de factos que sucedem em ambientes bastantes privados, como são a relação médico-paciente.

Na Europa e nos EUA, os veredictos sobre responsabilidade civil por violação do consentimento informado reportam-se aos inícios do séc. XX, mas só nos últimos 50 anos é que o dever de esclarecimento médico adquire uma forte relevância em termos jurídicos. O direito ao consentimento livre e esclarecido está consagrado em inúmeras ordens jurídicas, inclusivamente em Portugal.<sup>145</sup>

Em Inglaterra, o ónus da prova de que o médico não efetivou o seu dever de informação e obtenção do consentimento é do paciente. Já em países como a Alemanha, Áustria, Bélgica, França, Itália, Espanha e Portugal, o ónus recai sobre o prestador de cuidados de saúde, tendo em conta a impossibilidade de o paciente provar que não foi devidamente informado (prova de facto negativo).

Figueiredo Dias e Sinde Monteiro<sup>146</sup> defendem que, no que toca à prova do consentimento, o juiz deve ter em contas as presunções judiciais, uma vez que essa prova pode ser facilitada se se concluir que existem determinados procedimentos e condutas que são negligenciados.

---

<sup>144</sup> REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III. 4ª Ed., op. cit. pp. 274 – 275).

<sup>145</sup> Art.º 25º e 26º da CRP; art.º 70º do Código Civil, art.º 156º e 157º do Código de Processo Penal; Base XIV nº1 al. e) da Lei nº 48/90 de 24 de Agosto e art.º 38º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

<sup>146</sup> FIGUEIREDO DIAS; SINDE MONTEIRO. *Responsabilidade Médica em Portugal*, 1984.

A doutrina portuguesa predominante admite que o ónus da prova da presença de prévia elucidação pertence ao médico ou à instituição de saúde. Preconizam o consentimento como uma causa de exclusão da ilicitude e a informação adequada como um pressuposto da sua validade e considera o consentimento em termos probatórios como um facto impeditivo cuja prova, nos termos do art.º 342º, n.º 2, do C.C. pertence àquele contra quem a invocação é feita, ou seja, ao médico.

Pelo exposto e em consideração pela facilidade de prova para o médico como especialista, somos de entender<sup>147</sup> que o ónus da prova do cumprimento relativamente ao acatamento do dever de obter o consentimento impende sobre o réu.

Relativamente ao *homebanking*, cumpre, antes de mais, deixar alinhavado em que consiste este conceito e a sua importância na era informática atual. O avanço tecnológico tem vindo a revolucionar-se, de uma forma cada vez mais afincada nos últimos anos, agitando todo o comércio jurídico, particularmente no que respeita às relações bancárias e ao funcionamento das instituições bancárias.

Ora, “o *homebanking* é um serviço prestado pelos bancos que permite aos particulares e às empresas realizar operações bancárias através da internet, de uma forma mais rápida e cómoda, sem que os utilizadores tenham de se deslocar a uma agência”.<sup>148</sup>

Como sabemos, a Internet tem vindo a demonstrar-se como um instrumento de cometimento de alguns crimes, uma vez que possibilita a prática de atividades delituosas, e a actividade de *homebanking* a tal não se encontra imune. Através de um acesso não autorizado, o autor da fraude consegue aceder, *online*, a determinada conta de um cliente de um banco, concretizando transferências de fundos, registadas a débito, para contas que pertencem a terceiros.<sup>149</sup>

O acórdão do STJ, de 18-12-2013, relator Ana Paula Boularot, versa sobre esta questão. A ação foi intentada pelo facto de ter ocorrido um débito desconhecido na conta da Autora, depois de a mesma ter efetuado operações bancárias naquela que pensava ser a página do Réu, tendo-lhe sido pedidas palavras chave secretas, ao que aquela acedeu, sem se aperceber que estava afinal numa página falsa. A questão deste acórdão prendia-se em saber se era ao réu/recorrente que competia a responsabilidade pela movimentação ilegal dos fundos da conta da autora. Esta resposta encontramos-na na legislação, já que o disposto no art.º 796.º, n.º 1 do C.C. nos conduz a entender que os perigos de

<sup>147</sup> Ao lado de Figueiredo Dias, Sínde Monteiro, Costa Andrade, Orlando de Carvalho e Capelo de Sousa.

<sup>148</sup> <http://saldopositivo.cgd.pt/empresas/abc-empresario-o-que-e-o-homebanking/>

<sup>149</sup> É possível fazê-lo mediante duas modalidades distintas: o *phising* e o *pharming*. A técnica de *phising* consiste no envio de mensagens de correio eletrónico com o objetivo de obter palavras-passe de serviços de banca eletrónica, ou pin's de cartões bancários. O *pharming* é mais sofisticado e mais perigoso, pois é corrompido o próprio nome domínio de uma entidade financeira, redireccionando o utilizador para um site falso sempre que digite a morada correta da sua entidade bancária, onde o utilizador indica as suas palavras-passes de acesso que serão utilizadas na página verdadeira para transferências fraudulentas.

qualquer anomalia do sistema informático utilizado e dos ataques cibernautas realizados, correm por conta do réu. Em suma, foi o banco réu condenado a reparar o dano material sofrido pela autora, tendo o tribunal ad quo entendido que tal resulta da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade.

O problema, para Hugo Luz dos Santos<sup>150</sup>, está em saber sobre quem incide o ónus *probandi* relativamente a avarias técnicas ou qualquer outra deficiência e se foram ou não estas a afetar as operações de pagamento. O DL n.º 317/2009, de 30 de outubro<sup>151</sup>, no seu art.º 70º n.º 1 e 2, faz impender o ónus da prova sobre a entidade bancária.

Mas, para o Magistrado, “a questão que a lei processual civil não resolve é a formatação da distribuição do ónus da prova quando, em matéria de direito probatório material, se faça impender um ónus probatório a uma parte processual ao ponto de a tornar uma prova diabólica”, concluindo, sem aprimorar, que, no caso concreto, seria de aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

No *supra* citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça existiu, de facto, apesar de que de modo indireto, uma análise relativa não só sobre aqueles requisitos de aplicabilidade da teoria dinâmica e da dificuldade ou impossibilidade de prova, em virtude da inequívoca desigualdade material existente entre o agente financeiro, que era o único possuidor de conhecimentos técnicos de questões de segurança do serviço, e a limitação da autora, que utilizou o serviço, com a sensação de segurança que se revelou frustrada.

Observamos que este novo paradigma acentua o peso que o instituto jurídico da distribuição do ónus da prova tem hoje no processo. E a verdade é que o STJ, neste campo, apesar de não recorrer à teoria da distribuição dinâmica, deu uma solução baseada na legislação portuguesa que com ela converge.

Para além de que, posteriormente à elaboração do acórdão em questão, os tribunais portugueses têm seguido o mesmo entendimento, como por exemplo acontece no Acórdão do TRC de 2016, relativo ao processo n.º 902/13.4TBCNT.C1, no qual foi entendido que “Não se tendo provado que o cliente forneceu a terceiros (ao aceder a página ilícita) as chaves de acesso ao serviço de *homebanking* nem que, ao navegar na internet, permitiu que outrem tenha capturado as credenciais de acesso e validação, recai sobre o banco a responsabilidade pela movimentação fraudulenta da sua conta bancária, através da internet (Serviços *Homebanking*).”

---

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> Regime dos Sistemas de Pagamento, 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.

Pronunciemo-nos, agora, sobre o caso em que uma entidade hospitalar integrada no Serviço Nacional de Saúde prestou um serviço a um doente que não pagou o respetivo custo, argumentando que foi agredido por um terceiro. Nesta medida, a entidade hospitalar intentou ação declarativa de condenação contra o terceiro reputado agressor, peticionando a sua condenação no pagamento da quantia de €5.580,13, acrescida de juros moratórios vencidos e vincendos até integral pagamento, com base no vertido no art.º 495.º, n.º 2, do C.C.<sup>152</sup>

Na presente ação, a única prova pertinente sobre o facto ilícito corresponde às declarações de parte do alegado agressor e pelo ao testemunho da alegada vítima.

O julgador resolve o caso com recurso ao art.º 5º do DL n.º 218/99, de 15-06, que estabelece o regime de cobrança de dívidas pelas instituições e serviços integrados no Serviço Nacional de Saúde e que estipula o seguinte: “Nas ações para cobrança das dívidas de que trata o presente diploma incumbe ao credor a alegação do facto gerador da responsabilidade pelos encargos e a prova da prestação de cuidados de saúde, devendo ainda, se for caso disso, indicar o número da apólice de seguro.” De acordo com este preceito legal, cabe ao demandado a prova da inexistência do “facto gerador da responsabilidade pelos encargos.” No caso, o demandado não conseguiu provar a falsidade da imputação, pelo que foi condenado no pedido.

Esta questão coloca-se no âmbito da compatibilidade do direito constitucional a um processo equitativo, consagrado no art.º n.º 4 da CRP, com as normas que regulam os casos especiais do ónus da prova.

Como bem entende Paulo Ramos de Faria, “a norma contida no art.º 5.º do Decreto-Lei n.º 218/99, de 15 de junho, não prevê a dispensa do ónus probatório como uma *ultima ratio*, mas sim como regra *a priori* para condicionar a sucumbência”. É que a lei impõe a produção de uma prova diabólica, uma prova negativa, por parte do onerado.

Parece que o legislador português, no art.º 5º do referido diploma legal, se inquietou mais com as questões financeiras das entidades hospitalares que fazem parte do Sistema Nacional de Saúde do que com a Lei Fundamental e a prolação de decisões justas e proporcionais, desconsiderando por completo as reais dificuldades probatórias com que as partes de poderão deparar.

Esta discussão é estimulada por alguns autores portugueses, todavia na sua maioria é aprimorada por doutrina estrangeira. Não obstante, estamos com a doutrina que por cá se dedica a esta questão, no entendimento de que o regime de distribuição do ónus da prova, como se encontra

---

<sup>152</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25/10/2012, referente ao processo n.º 1067/09.1TJLSB.L1-6.

delineado no ordenamento jurídico português, alheio à possibilidade probatória concreta de cada parte bem como à maior ou menor complexidade de prova em termos objetivos, apoiado meramente na função desempenhada pelo facto na norma material do direito invocado, carece de ser flexibilizado, de forma a prevenir graves injustiças no caso concreto.

## Conclusões

### 1.

No presente estudo abordamos a distribuição do ónus da prova e a forma como se manifesta a prova diabólica no ordenamento jurídico português e no ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstrou-se a adoção, pelo Brasil, da teoria de Chiovenda no Código de Processo Civil de 1939, que distribui o ónus da prova de forma estática e que permite uma facilidade na produção da prova de acordo com a posição adotada pela parte (se autor ou réu) e a natureza do facto.

No entanto, verificamos também que essa visão estática, rígida e inflexível, em determinadas situações, contraria a tendência moderna e a interpretação do processo civil como um processo instrumentalista e não se apresenta coadunável com as potenciais discrepâncias entre as partes no que se refere a produção de prova. Em alguns casos, estas regras propiciavam um desequilíbrio entre as partes e dificultavam o acesso à justiça.

### 2.

Foi nesta linha de pensamento, e na consciência de que a regra contida no art.º 333º do CPC brasileiro de 1973 se mostrava imperfeita e inadequada diante da necessidade de abarcar todas as hipóteses do mundo real exigidas pelo sistema jurídico, que começaram a surgir críticas por parte da doutrina imutáveis sobre as regras estáticas.

Dessa feita, o Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, no seu art.º 373º, §1º consagra a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, pertencendo, dessa forma, o ónus da prova a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fácticas presentes no caso concreto, atenuando-se a incidência da prova diabólica.

Vimos, aliás, que não se tratou de algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta que já o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90) consagrou expressamente como direito básico 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 experiências” (art.º 6º, inciso VIII). Esta teoria não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, existia já previsão para as ações relativas ao direito do consumo, a chamada inversão do ónus da prova no CDC. No entanto, o tal Código não



retraiu o regime de distribuição do ónus da prova adotado pelo NCPC brasileiro, pelo contrário, ampliou-as.

A teoria até já vinha a ser aplicada noutras ações, atenta a algumas situações da prova diabólica, tentando, dessa forma, garantir a igualdade e a efetividade do processo.

### 3.

Por sua vez, no ordenamento jurídico português, as regras relativas ao ónus da prova, previstas no Código Civil, foram influenciadas pela Teoria das Normas de ROSENBERG, e exercem uma repartição do mesmo, imputando o ónus às partes com base apenas na função que o facto a provar exerce na norma ou contra-norma por aquelas invocada.

A distribuição do ónus da prova em Portugal é fixa, estática, rígida e inflexível, as normas distribuem o ónus da prova de forma apriorista, imutável e indiferente à maior ou menor dificuldade da sua produção, em termos objetivos e subjetivos, baseadas unicamente na função desempenhada pelo facto a provar na norma substantiva invocada, o que potencia não só casos de dificuldade ou impossibilidade objetiva de prova, cada vez mais habituais devido à crescente complexidade das situações de facto, como a possibilidade de as partes manifestarem dificuldades subjetivas em realizar a prova, por motivos económicos, técnicos, sociais, pessoais e/ou fáticos. Esta distribuição, tal como delineada no Código Civil português, pode fazer com que a parte que apresente mais dificuldades em produzir uma determinada prova ou que esteja perante uma prova diabólica é que tenha o encargo de a produzir.

### 4.

Parece-nos óbvio que qualquer regra geral sobre o tema, porque prévia e abstrata, não se adequará a todos os casos levados ao Poder Judiciário, razão pela qual defendemos uma introdução da distribuição dinâmica do ónus da prova no ordenamento jurídico processual português, mas como uma medida excecional, nas hipóteses em que a aplicação das regras estáticas implique resultados desvantajosos e injustos. É que não se pode permitir que, perante a dificuldade ou impossibilidade de prova de uma das partes, a outra parte fique encarregue de a produzir, mesmo que isso lhe ocasione uma prova diabólica reversa. A presente teoria não implica determinar à parte que produza prova contra si, pois ao dinamizar o ónus da prova, o magistrado não imputará ao autor a produção da prova

não constitutiva do seu próprio direito, irá, sim, onerar quem tem mais facilidade na produção da prova e desonerar quem tem mais dificuldade na sua produção, observando a natureza dos factos a serem provados.

## 5.

Para além disto, em observância do princípio do contraditório, é também necessário que o ónus da prova seja observado pelo seu carácter subjetivo. Entendemos que as partes têm que ser advertidas sobre a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica, de forma a terem a possibilidade de influenciar na decisão final, e que a audiência prévia é o momento mais apropriado para que o juiz decida sobre a necessidade de dinamizar o ónus da prova.

## 6.

Com isto queremos dizer que defendemos a introdução da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. No entanto, a mesma não pode ser utilizada sem a observância das particularidades de cada caso concreto, bem como do momento e dos limites da sua aplicação. Além de que, como dissemos, o juiz terá que ter sempre em consideração o princípio do contraditório e será sempre uma regra subsidiária em relação à distribuição estática do ónus da prova. Ou seja, as regras estatísticas que hoje vigoram no nosso ordenamento jurídico só poderiam ser afastadas em certas situações específicas, quando se mostrasse que a sua aplicação causaria prejuízos ou impediria a tutela efetiva.

## 7.

O juiz deve dar preferência à distribuição dinâmica apenas se a situação concreta revelar a possibilidade de se realizar a prova por outros meios não conformes com a regra geral. Com efeito, somente quando não existir outro caminho idóneo para a obtenção da prova e mediante a observação dos requisitos, é que devem ser aplicados tais instrumentos.

## 8.

O uso da distribuição dinâmica apenas será consentido quando existir um desequilíbrio entre as partes em relação ao material probatório e à necessidade de uma solução diferente para que seja conseguido

um resultado justo. Caso contrário é entendimento que a regra geral estática resolve a grande maioria dos casos levados a juízo. Nesta medida, apela-se a uma utilização moderada e adequada da teoria para que não seja gerado nenhum tipo de insegurança jurídica.

## 9.

Sublinhamos o carácter excecional da distribuição dinâmica e o seu campo de incidência limitado, mas que, de forma nenhuma, lhe retiram significado num sistema processual moderno, delineado pelo princípio da igualdade, da tutela efetiva e pelo dever de colaboração, já que a sua aplicação possibilitará uma otimização da fase da instrução e da descoberta dos factos, intensificando a possibilidade de se encontrar, em casos específicos e particulares, uma solução consoante com o direito material aplicável.

## 10.

Ainda que com incidência reduzida, devido à sua forma subsidiária, alcançamos que a distribuição dinâmica se trata de um mecanismo relevante para o ordenamento jurídico português porque permite a adequada resolução de determinados processos, principalmente no que toca à responsabilidade civil, já que proporciona um reequilíbrio da capacidade probatória das partes e permite que sejam trazidos à colação elementos de prova que podem ser determinantes para a justa composição do litígio.

## 11.

Esta orientação relativa à extensão da possibilidade de dinamizar o ónus da prova à hipótese em que uma das partes possui maior facilidade na produção de prova deverá ser aplicada pelo juiz sempre com critério e prudência para evitar que a subjetividade do juiz conduza a uma aplicação indiscriminada da regra.

## 12.

Ora bem, o processo civil moderno consagra, como um dos seus princípios estruturantes, a igualdade substancial das partes, sendo que na desigualdade o juiz deve dar tratamento desigual às partes.

Quando a desigualdade entre as partes assenta nas capacidades probatórias e a realização da prova é extremamente difícil ou mesmo impossível para uma delas e, por outro lado, a parte contrária apresentar maior facilidade na produção da prova do facto contrário (seja por possuir informações pertinentes ao objeto da prova, conhecimentos técnicos específicos ou por dispor dos meios de prova) o juiz deve aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ónus da prova, transferindo o *onus probandi* de uma parte para a outra, de modo a ser reconstituído um equilíbrio de forças no processo.

Por conseguinte, se bem aplicada, esta técnica dinâmica poderá fomentar a atividade probatória e permitir uma aproximação do magistrado à realidade do caso, abolindo potenciais desigualdades, de modo a possibilitar o acesso ao Poder Judiciário, muitas vezes impossibilitado pela carga probatória que pesa sobre determinada parte, e, portanto, a uma tutela jurisdicional mais justa e segura.

### 13.

Diante deste cenário, restou demonstrado, ciente de toda a dificuldade que o tema apresenta, que a dinamização do ónus da prova vem, de forma intensa e arrojada, auxiliar o sistema processual numa necessária evolução deste instituto, constituindo num verdadeiro instrumento teórico-prático dessa evolução. Chegamos aqui com a consciência de que a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, ao ser concretizada no campo prático, converte-se numa ferramenta jurídico-processual que potencia a efetividade da tutela do direito material através do exercício do poder jurisdicional.

### 14.

Assim, é tempo de “colocar o processo no centro da teoria do processo. Valorizar-se o papel de todos que nele tomam parte, o modelo cooperativo de processo civil e o valor de participação inerente à nossa democracia constitucional.”<sup>153</sup>

É fundamental combater o formalismo excessivo, evidenciar o diálogo e a colaboração processual bem como o contacto direto do magistrado com as partes, através de uma maior atenção aos fins sociais do processo, com vista à justiça do caso concreto e respeito ao direito fundamento do processo justo.

---

<sup>153</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Do formalismo no processo civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

## 15.

A justiça representa a própria razão existencial da teoria dinâmica, afinal, esse valor absoluto é o objetivo da jurisdição no plano social, restando indissociável do propósito jurídico, sob pena de descaraterização do sistema processual e da própria jurisdição. É precisamente esta a ideia central da presente teoria, isto é, a distribuição do ónus da prova com maior justiça, perante o caso concreto, em estrita obediência à igualdade proporcional, calculando e reconhecendo as desigualdades no âmbito da produção de provas para, de seguida, equilibrar, ao máximo, as diferenças que impossibilitam a materialização desse valor absoluto.

## 16.

Quem se dirige aos tribunais para proteger um direito e se depara com regras abstratas que exigem a demonstração de determinados factos cuja prova é de difícil ou impossível produção, vê a garantia de acesso à justiça tutelada apenas formalmente, já que não terá a sua pretensão apreciada convenientemente pelo magistrado. Mas a distribuição do ónus da prova não pode ser somente uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela dos direitos. E o direito só se manifesta de forma efetiva quando se manifesta na prática e como prática. O direito é um instrumento da vida real, e assim deve ser tratado.<sup>154</sup>

## 17.

Claro que esta teoria tem que se alicerçar nos princípios constitucionais vigentes na Constituição da República Portuguesa, que devem ser ponderados no momento da avaliação do juiz de todo o processo. Todo este posicionamento tem que estar em sintonia com os preceitos constitucionais. É que uma aplicação irrestrita da teoria pode redundar na violação do devido processo e do direito ao contraditório e à ampla defesa.

## 18.

Conforme vimos, a legislação portuguesa conjectura soluções para amenizar a dificuldade subjetiva de produção de prova e facilitar a prova em áreas de manifesta complexidade probatória, tencionando

---

<sup>154</sup> NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

encontrar resposta a situações em que as disposições consagradas no Código Civil se mostram inadequadas ou insuficientes.

## 19.

O ordenamento jurídico está perfeitamente apto a autorizar a inserção da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. Até mesmo sem previsão legal. Mas defendemos a inserção no nosso ordenamento de uma norma que a legitime, tal como aconteceu no Brasil, até pela necessidade de combate à discricionariedade judicial que entendemos ser perfeitamente legítima, mas com limites.

## 20.

No Brasil, antes do ano de 2015 e do Novo Código de Processo Civil que atualmente vigora, a distribuição dinâmica era usada com frequência e a sua aplicação feita de forma axiológica e sistemática. Tal como vemos a acontecer em Portugal que tem vindo, cada vez mais, a corroborar tal teoria.

## 21.

Portugal é, tendo em conta toda a história e cultura, um País mais cético, mais desconfiado e resistente à mudança do que o Brasil, é verdade. Mas, apesar disso, quando o tema é relativo ao Direito, afirmamos com toda a humildade que os nossos juristas estão sempre atentos e abertos a inovações. Neste tema da flexibilização do ónus da prova, não obstante já se ter ouvido umas sábias vozes a defendê-lo, tal agitação e preocupação não se têm verificado.

Mas é tempo da doutrina e a jurisprudência acordarem e encararem o problema. É necessário colocar de parte as incertezas e consolidar a aplicação da distribuição dinâmica. Perante uma cultura como a nossa, de um culto ao positivismo como o nosso, torna-se conveniente uma modificação legislativa em matéria de distribuição do ónus da prova inserindo no direito processual civil, ao lado da distribuição estática, uma distribuição flexível.

## 22.

Se no Brasil, bem como em tantos outros países, as inovações nesta matéria adotaram uma distribuição diferente da que possuíam, diferente da que atualmente possui Portugal, merecem que sejam colocados em questão e estudados os motivos que fizeram surgir tal alteração. Verificando que estas alterações atentam para uma necessária mudança das regras do nosso processo civil atual que se mostram obsoletas, propõe-se apenas a reflexão sobre valores maiores de índole processual que se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

## 23.

Não acreditamos ser difícil a inserção de uma previsão legal que permita a distribuição dinâmica do ónus da prova, já que mesmo a ausência desta regra na lei vigente não impediu os nossos tribunais de, pelo menos, detetarem o problema, conhecerem que ele existe e que reclama uma solução.

## 24.

Não pode ser sustentável para os nossos tribunais, para a nossa doutrina, para o nosso legislador, nem para qualquer comum cidadão que pretende ver um seu direito tutelado em juízo, que num determinado caso exista uma parte em melhores condições de produzir a prova e que deixe de produzi-la unicamente por devoção a formalismos excessivos e, dizemos mesmo, despropositados e insensatos.

O processo civil moderno não se pode coadunar com este tipo de ideias, já que o seu maior objetivo é garantir o direito de quem seja o seu titular.

## 25.

É altura de Portugal olhar para a frente, abrir horizontes, examinar as inovações que outros países colocaram ao dispor dos seus cidadãos e da sua justiça e modernizar.

## 26.

Só mediante a adoção da teoria dinâmica do ónus da prova é que será possível alcançar uma igualdade probatória real e não apenas meramente formal. Os países que já a perfilham, para chegar ao ponto onde se encontram atualmente, batalharam muito, mas não em vão. Porque hoje existe uma consciência generalizada a respeito da máxima “o que é diferente pode e deve receber um tratamento diferente” e “o diferente em matéria probatória deve-se valorar de forma distinta”, faltará apenas a devida concretização da premissa pelos magistrados.

## 27.

Pre vemos que a chama que o Brasil acendeu com a introdução normativa da teoria dinâmica no seu ordenamento jurídico, irá sem dúvida estimular e intensificar o espírito crítica e de progresso da doutrina, da jurisprudência e do legislador portugueses. Acreditamos veemente que sim. Mas só o tempo o dirá.



## Bibliografia

ALEXANDRE, Isabel. “As provas ilícitas em processo civil”, Almedina, Coimbra, 1998.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. “Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente”. Revista Jurídica Esmp-SP, V. 3, 2013: 135-164.

AMARAL SANTOS, Moacyr. “Prova judiciária no cível e comercial”. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955. vol. 5.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. “Noções elementares de processo civil”. Coimbra Editora.

ARAÚJO, Henrique. “A matéria de facto no processo civil”. Disponível em:

<http://carlospintodeabreu.com>.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro”. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <https://www.academia.edu>.

ASSUNÇÃO, Maria Clara Chaves. “A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: evolução do instituto à luz dos princípios constitucionais”. Disponível em <http://www.arcos.org.br>.

AUGENTI, Giacomo Primo. L'Onere della Prova, 1932, Fôro Italiano, Roma.

AZÁRIO, Márcia Pereira. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul sob o tema “Dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro” em 2006.

AZEVEDO, António Danilo Moura de. “A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

BALDINI, Renato Ornellas. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, adstrita ao tema “Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho” em 2013.

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 225: 5-37, julho – setembro 2001.

BEIRÃO, Joana Maria Moreira. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Direito adstrita ao tema “Da distribuição do ônus da prova no direito processual civil português – contributo para o estudo da possibilidade de flexibilização através de uma distribuição dinâmica” em 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. “Prueba y verdade en el derecho”. Marcial Pons, Ediciones Juridicas y Sociales, S.A. Madrid. 2005.

BENTHAM, Jérémie. “Tratado de las pruebas judiciales”. Tradução para o castelhano de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971.

BESSA, Leonardo Roscoe. “A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades”. Revista brasileira de políticas públicas. Vol. 6, nº 3, dezembro de 2016.

BETTI, Emilio. “Diritto processuale civile italiano”. 2ª ed. – Roma: “Foro Italiano”. 1936.

BORGES, Felipe Eduardo Galeno. Tese de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília sob o tema “ O ônus da prova no código de processo civil” em 2011.

BUZAID, Alfredo. “Do Ônus da Prova”. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1962.

CALAMENDRI. “Processo e Giustizia, in Atti del Congresso Internazionale del Diritto Processual Civil”. Pádua, 1953.

CALDAS, Adriano Ribeiro. Tese de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul sob o tema “O ônus da prova no âmbito das ações regressivas acidentárias” em 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual”. São Paulo, n. 31, 2005.

CAMBI, Eduardo:

- “A prova civil: admissibilidade e relevância”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- “Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica so ônus da prova) – Exegese do art.º 373, 1º e 2º do NCCPC”. Revista de Processo. 2015.

CAMPOS, Thayná Silva. “Inversão do ônus da prova: uma análise de sua aplicação no Direito do Consumidor”. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro – nº 10. Agosto – dezembro de 2014.

CARNELUTTI, Francesco. “Sistema del diritto processuale civile”. Padova: CEDAM, 1938, V.II.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. “Teoria das provas e aplicações aos atos civis”. Editora Servanda. 2000.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. “O princípio da não discriminação e o ônus da prova.” Revista TST, Brasília, vol. 76, nº 3, Julho – Setembro de 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”. 1943, v. II.

CORDEIRO, António Menezes. “Tratado de Direito Civil Português”. Parte Geral. Vol. I, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORREIA, Tércia Matias. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra adstrita ao tema “A prova no processo civil. Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita” em 2015.

COUTO, Camilo José D’Ávila. Tese de Mestrado adstrita ao tema “Dinamização do ônus da prova: teoria e prática”. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. 2011.

COUTURE, Eduardo:

- “Derecho Procesal Civil”. Buenos Aires: Depalma, 3ª ed, 2003.

- “Fundamentos de direito processual civil”. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CREMASCO, Suzana Santi. “A distribuição dinâmica do ônus da prova”. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CAVALCANTI, Caio de Oliveira. Tese de Mestrado adstrita ao tema “ Por uma distribuição dinâmica do ônus da prova” apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2014.

DALL’AGNOL JR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”. Revista Jurídica nº 280, fevereiro de 2001. Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo.

DELAPIEVE, Thales Borges; REMONTI, Samuel de Assis. “A distribuição do ônus da prova”. Disponível em <https://www.academia.edu>.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando:

- “La teoria de la prueba judicial”, 2ª ed., Editorial Víctor de Zavalía.

- “Teoria general de la prueba judicial”. 3 ed. Buenos Aires: Zavalía, 1947, v. 1.

DIAS, Figueiredo; SINDE MONTEIRO. “Responsabilidade Médica em Portugal”. *In*: “Boletim do Ministério da Justiça”, Lisboa, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. “Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”.

FARIA, S. Soares de “Principais teorias relativas ao onus probandi”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

FERREIRA, Manuel Marques, “Meios de Prova”, *In: Jornadas de processo penal - Lisboa* : Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1987.

FREITAS, Lebre de. “A ação declarativa comum”. Editora Gestlegal, junho de 2017.

FARIA, Paulo Ramos de. “A dispensa do ônus da prova e o direito constitucional a um processo equitativo. (O caso das “dividas hospitalares”)”. In *Julgar Online*, dezembro de 2016.

GIANTURCO, Luigi. “Brevi Note sulla Teoria dell’Onere della Prova”.

GIDI, Antônio. “Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, 1995.

GODINHO, Robson Renault:

- “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. *De Jure – Revista Jurídica de Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. 30/11/2007.

- “Anotações sobre a noção de ônus da prova em Pontes de Miranda”. *Revista* 2012.1 – 24 – Professora Marília Muricy Machado Pinto.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo. *Código Civil anotado*. Vol. I. Lisboa: Quid Juris, 2011.

GUERRA, Daniel Dias Carneiro. Monografia apresentada ao Departamento da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro sob o tema “Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro” em 2009.

HERNÁN AGUILAR, Gabriel; ARANGO FERNÁNDEZ, Emilia; CANDAMIL BURITICÁ, Valentina; DELGADO BENAVIDES, Katerine; RUBIANO-GROOT GÓMEZ, Sebastián; TORRES SEMANATE, Critian; VESGA RODRÍGUEZ, María Paz; VILLASMIL VERGEL, Andrea Liliana. “Imposturas intelectuales: la carga probatória dinãmica y su fuerza expansiva”. Universidade Estud. Bogotá (Colombia), nº 11: 233-263, enero-diciembre de 2014.

KLAMI, Hannu Tapani. “Burden of Proof. Truth or Law?” Disponível em:

<<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/34-5.pdf>>

LANG, Karine Mastella. SILVEIRA, Davi. “A história das provas”. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-historia-das-provas/>

LOPES, João Batista. “Cargas dinãmicas da prova no novo CPC”. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 41, Julho-Setembro de 2015.

MALAGÓ, Fábio Machado. Tese de Mestrado adstrita ao tema “Distribuição dinãmica do ônus da prova” da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme.

- “Código de Processo Civil Comentado”. 3ª ed. revista, Editora Revista dos Tribunais Ltda.

- “O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”, 2006.

MARTINS, Claudia Aiex Baptista. Artigo científico apresentado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro sob o tema “teoria dinãmica do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: alterações em benefício do acesso à ordem jurídica justa” em 2016.

MICHELI, Gian Antonio:

- “La carga de la prueba”. Editorial Temis. 2004. Bogotá. Colômbia.

- “L’Onere della Prova”. 2. Ed. Padova.: Cedam, 1966.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MITIDIERO, Daniel. “Processo justo, colaboração e ônus da prova.” Revista TST, Brasília, vol. 7, janeiro – março de 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e Ônus da Prova”. In: Temas de Direito. Processual: segunda série. Saraiva, São Paulo, 1988.

MORTARA, Lodovico. “*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*”, III. Vallardi A. 1923

MUÑOZ SABATÉ, L. “Técnica probatória: estudos sobre las dificultades de la prueba em el processo”. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 1997.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. “Por Uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova”. Lex-Edições Jurídicas, abril de 2000.

NEVES, António Castanheira. “Metodologia jurídica: problemas fundamentais”. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.



NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória”. Disponível em <https://www.pedrohenriquenogueira.com.br/>.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. “Do formalismo no processo civil”. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. “O Ônus da Prova no Direito Processual Civil.” São Paulo: RT, 2000.

PANATTO, Clesio. “Admissibilidade da prova ilícita no processo penal”. Publicado em 10/2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53399/admissibilidade-da-prova-ilicita-no-processo-penal>

PEGO, Rafael Foresti. A inversão do ônus da prova no direito do trabalho. Livraria do Advogado Editora.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ônus da prova e nexo de causalidade”. Conferência apresentada no Centro de Estudo Jurídicos e Judiciários a Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, a convite do seu Exmo. Diretor, Senhor Dr. Manuel Trigo, no dia 18 de julho de 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natercia Sampaio; Silva, Paulo Roberto Coimbra. “Processo, jurisdição e efetividade da justiça”. Trabalho apresentado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça. “Ações de contrafação de patentes de processo: Afinal de quem é o ônus da prova diabólica?”. Ricci Propriedade Intelectual. Publicado em outubro de 2017 em *Artigos*.

PIRES, Cristiane Pedroso. Tese de Mestrado adstrita ao tema “Distribuição dinâmica do ônus da prova” da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

PIRES, Érica Juliana. GTrabalho apresentado na Fundação de Ensino Eurípedes Soares de Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM sob o tema “A aplicação da teoria dinâmica de distribuição das cargas processuais no direito processual do trabalho contemporâneo” em 2014.

PEYRANO, JORGE W.:

- “Inserción de las cargas probatorias dinámicas en los procesos colectivos”.
- “La carga de la prueba”.
- “Las cargas probatorias desiguales”.
- “Las cargas probatorias dinámicas, hoy”.

PRUTTING, Hanns. “Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453 – 464.

PUPPIM, Victor Machado. “A obrigatoriedade de produção da prova diabólica pelo réu no âmbito do processo penal segundo os tribunais superiores”.

Disponível em <http://arquivos.integrawebsites.com.br>.

QUIRINO, Lucas Nunes. Tese de Mestrado adstrita ao tema “A distribuição do ônus da prova no projeto do novo código de processo civil sob a perspectiva do acesso à justiça” da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Federal de Santa Catarina. 2013.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. “O Ônus da Prova no Processo Civil”. Edições Almedina, 2006.

RÊGO, Lopes do. “Relevância dos exames de sangue nas ações de investigação de paternidade - Recusa de cooperação do réu e inversão do ônus da prova”. Revista do M.ºP. º, n.º 58, 1994.

REICHELTL, Luís Alberto. “A Prova no Direito Processual Civil”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REIS, José Alberto dos. “Código de Processo Civil Anotado”. Vol. III, 1985, Coimbra, Coimbra Editora.

RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal apresentada no Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar sob o tema “A verdade a mentira nos tribunais” em 2011.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. “Responsabilidade civil médica: distribuição do ônus da prova e a teoria da carga probatória dinâmica”. Disponível em <https://www12.senado.leg.br>.

ROSA, Márcia Lourenço. Artigo apresentado na Universidade Nove de Julho sob o tema “Distribuição do ônus da prova no direito processual civil individual” em 2014.

ROSENBERG, Leo. “La carga de la prueba”. Editorial B de F. Montevideo, 2002.

SANTOS, Adriano Vitalino dos. “A prova diabólica e sua influência sobre presunção de legitimidade do ao administrativo”. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br>.

SANTOS, Hugo Luz dos:

- “Algumas Notas de *Iure Condendo* Sobre a Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Direito Probatório Material da Região Administrativa Especial de Macau”. *Administração* n.º 116, vol. XXX, 2017-2.º, 203-233.

- “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.

SAPALO, Arnaldo César Miguel Ribeiro. “A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal”. *Sol Nascente – Revista do Centro de Investigação sobre Ética Aplicada*.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. “Breves considerações sobre as regras de distribuição do ónus da prova no processo do trabalho”. *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, n. 202.

SILVA, Daniel Gomes da. Monografia apresentada na Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília sob o tema “A prova diabólica e a responsabilidade subsidiária da administração pública no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços” em 2012.

SOUSA, Miguel Teixeira de. “Estudos sobre o Novo Processo Civil”. 2. Ed. Lisboa: Lex. 1997.

TARUFFO, Michele. “La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti”. Bari: Laterza, 2009.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. “As presunções no Direito Processual”. *Civil Procedure Review*, v. 4, nº1: 109-132, janeiro – abril de 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto:

- “Curso de Direito Processual Civil”. Vol I. Ed. Forense. Rio de Janeiro.

- “Repensando a Prova Civil” in Revista Doutrina - 9. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000.

“Tratado de Direito Civil Português”. Parte Geral. Vol. I, tomo I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

THEODORO, Mariana Amaro. “Breves considerações acerca da adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório no novo código de processo civil à luz dos princípios constitucionais”. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br>.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel e NORA, Sampaio e. “Manual de Processo Civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85”. 2.ª edição. Coimbra Editora, 2006.

VARGAS, Abraham Luis. “Cargas probatoris dinâmicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”. Disponível em <http://carlospintodeabreu.com>.

VAZ, Carlos Augusto Lima. “O princípio da Igualdade na distribuição do ônus da prova no direito brasileiro”. Revista Ética e Filosofia Política – Nº 15 – Vol. 2 – dezembro de 2012.

#### **Jurisprudência:**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04-12-2006, Processo 8914/2006-2, em que foi Relatora Ana Paula Boulator, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/6fa85430c2361a9f8025726d0055eafb?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18-01-2007, Processo 06B4633, em que foi Relator Custódio Montes, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0e92db69cc5ace8080257268003b178a?opendocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17-12-2008, Processo 0327/08, Pleno da Secção do CT, em que foi Relator Jorge de Sousa, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7b3a9814f7dd411980257538005a88dc?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17-10-2012, Processo 0414/12, Pleno da Secção do CT, em que foi Relator Valente Torrão, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86b2a435c02a6f8a80257aa30038c0fc?OpenDocument&ExpandSection=1>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 14-03-2013, Processo 00997/12.8BEPRT, em que foi Relator Pedro Marchão Marques, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/BE4E1EE8C8AEF4E380257B4800345831>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 28-11-2013, Processo 06935/13, em que foi Relator Eugénio Sequeira, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/130447806d401be680257c3f003edb18?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-03-2014, Processo 8493/03.8 TVLSB.L1-6, em que foi Relatora Ana de Azeredo Coelho, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e31ee173284f1c9880257cca003354ed?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 10-03-2016, Processo 12843/15, em que foi Relator Paulo Pereira Gouveia, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/9D2C26F72EA77A8380257F7A004A7628>