

VITOR LUÍS  
DE ALMEIDA

**DINAMIZAÇÃO**  
*do ônus da*  
**PROVA**  
NO SISTEMA PROCESSUAL COOPERATIVO

**DINAMIZAÇÃO**  
*do ônus da*  
**PROVA**  
NO SISTEMA PROCESSUAL COOPERATIVO



VITOR LUÍS  
DE ALMEIDA

**DINAMIZAÇÃO**  
*do ônus da*  
**PROVA**  
NO SISTEMA PROCESSUAL COOPERATIVO





**Belo Horizonte** | **São Paulo**  
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,  
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82  
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP  
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2021, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2021, Vitor Luís de Almeida.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,  
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

*Editor Chefe* Plácido Arraes  
*Editor* Tales Leon de Marco  
*Produtora Editorial* Bárbara Rodrigues  
*Capa, projeto gráfico* Nathalia Torres  
*Diagramação* Enzo Zaqueu Prates

---

#### Catálogo na Publicação (CIP)

A447 Almeida, Vitor Luís de  
Dinamização do ônus da prova no sistema processual cooperativo / Vitor Luís de Almeida. - 1.  
ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2021.  
542 p.

ISBN 978-65-5589-276-5

1. Direito. 2. Direito Processual Civil. I. Título.

CDD: 341.59

---

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



*“A Justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a Justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”*

*Rudolf von Ihering – A Luta pelo Direito, Viena: 1872*



*Dedico a presente obra a meus amados pais, Wanderson (“Neco”) e Jacqueline (“Jac”), que em meio à simplicidade, souberam me transmitir os princípios e valores necessários a uma vida pautada na honestidade, ética, dedicação, trabalho e estudo. E também à todos os familiares que incentivaram e fomentaram o início de minha trajetória acadêmica.*

*A educação pode mudar o mundo!... E pode ser responsável por transformar um humilde garoto, do interior das Minas Gerais, em um Magistrado, Mestre e Doutor em Direito.*





---

## Agradecimentos

Ao Grande Arquiteto do Universo, que é Deus, pela dádiva da vida e do convívio com aqueles que amo e considero como amigos.

À Jamille, minha esposa, por sua rara inteligência e encantadora beleza, pela dedicação aos nossos filhos, por todos os anos que já passamos juntos e por todos aqueles que espero ainda viver ao seu lado...

A meu irmão, Júlio César, por poder desfrutar da altivez em ser seu irmão; pela confiança, incentivo, companheirismo e cumplicidade, em dividirmos e galgarmos juntos nossos projetos de vida.

Aos meus amados filhos, João Vitor, Pedro e Duda, por garantirem a constante renovação de minhas forças e projetos, proporcionando-me o orgulho de ser pai e a alegria de viver...



---

## Sumário

<i>Abreviaturas</i> .....	15
<i>Prefácio</i> .....	17
<i>Apresentação</i> .....	35
<i>Introdução</i> .....	39
<b>1. Os métodos de solução de conflitos e os sistemas processuais no cenário jurídico contemporâneo</b> .....	<b>45</b>
1.1. Métodos de solução de conflitos.....	45
1.2. Sistemas ou modelos de direito processual.....	47
1.2.1. Sistema dispositivo, adversarial ou acusatório.....	48
1.2.2. Sistema inquisitório ou inquisitivo.....	52
1.2.3. Sistema misto ou cooperativo.....	58
<b>2. Os princípios constitucionais processuais que oferecem fundamentos ao ativismo judicial na aplicação da dinamização do ônus da prova</b> .....	<b>67</b>
2.1. Princípio do devido processo legal.....	71
2.2. Princípio do contraditório.....	76
2.3. Princípio da igualdade ou isonomia.....	93
2.4. Princípios da boa-fé e lealdade processual.....	100
2.5. Princípio da cooperação.....	106

<b>3. Os poderes instrutórios do juiz</b> .....	<b>123</b>
3.1. Desenvolvimento dos poderes instrutórios do juiz no Brasil.....	124
3.2. Poderes instrutórios do juiz no direito comparado.....	127
3.3. Poderes instrutórios do juiz e democracia.....	132
3.4. Contraposições aos poderes instrutórios do juiz.....	135
3.5. Poderes instrutórios do juiz e a imparcialidade – superação da antinomia por meio da atuação complementar e supletiva.....	138
3.6. A questão da preclusão e os limites aos poderes instrutórios do juiz.....	146
<b>4. Ativismo judicial e legitimação democrática do poder judiciário</b> .....	<b>153</b>
4.1. Os paradigmas do Direito.....	153
4.2. Ativismo judicial <i>versus</i> decisionismo.....	157
4.3. Aspectos históricos do ativismo judicial.....	161
4.4. Legitimação democrática do Poder Judiciário e as críticas ao ativismo judicial.....	164
4.5. Ativismo judicial e separação dos poderes.....	170
4.6. Teoria do garantismo processual.....	175
4.7. Contraposição entre o ativismo judicial e o garantismo processual.....	181
4.8. O sistema processual cooperativo como uma solução à contraposição entre o ativismo judicial e o garantismo processual.....	190
4.9. A necessidade de aplicação do ativismo judicial para garantia dos direitos fundamentais.....	192
4.10. Aplicação do ativismo judicial no âmbito da relação processual e sua evolução histórica no direito comparado.....	195
4.11. Ativismo judicial em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova.....	207
<b>5. Teoria geral da prova</b> .....	<b>211</b>
5.1. Natureza constitucional do direito à prova e suas definições.....	211
5.2. Função e objeto da prova.....	226
5.3. Fases da atividade probatória.....	236

5.4. Sistemas de valoração das provas.....	241
5.4.1. Sistema da íntima convicção.....	242
5.4.2. Sistema da prova legal.....	244
5.4.3. Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.....	248
5.4.4. Sistema misto.....	252
5.5. A valoração racional da prova.....	255
5.6. Ônus da prova ou carga probatória.....	261
5.6.1. Teorias da distribuição do ônus da prova.....	272
5.6.2. Ônus da prova objetivo e subjetivo.....	285
5.7. O ônus da prova em Portugal.....	296
5.8. O ônus da prova no Brasil.....	298

<b>6. Teoria da dinamização do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas.....</b>	<b>305</b>
6.1. Definição da teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	309
6.2. Os princípios processuais como fundamentos da dinamização do ônus da prova.....	312
6.3. O instituto processual da <i>discovery</i> e sua aplicação analógica como fundamento para a dinamização do ônus da prova.....	318
6.4. Aspectos históricos da dinamização do ônus da prova em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	323
6.4.1. Na Argentina.....	323
6.4.2. Na Espanha.....	325
6.4.3. No Uruguai.....	328
6.4.4. Em Portugal.....	329
6.4.5. Na Inglaterra.....	336
6.5. A teoria das cargas probatórias dinâmicas no Brasil.....	338
6.6. Requisitos e hipóteses da dinamização do ônus da prova.....	350
6.7. A questão da melhor condição probatória.....	353
6.8. Limites à dinamização do ônus probatório.....	355
6.9. Alguns aspectos processuais da teoria das cargas probatórias dinâmicas.....	367
6.10. Aplicabilidade da dinamização do ônus da prova.....	380
6.11. Dinamização <i>versus</i> inversão do ônus da prova.....	388

6.12. Algumas considerações importantes relacionadas ao ativismo judicial na dinamização do ônus da prova.....	398
---	-----

**7. O princípio da imparcialidade e sua contraposição ao  
ativismo judicial na dinamização do ônus da prova.....409**

**8. Sugestões jurídicas para a superação da suposta  
contradição entre o ativismo judicial na dinamização  
do ônus da prova e o princípio da imparcialidade..... 423**

8.1. O fenômeno da constitucionalização do processo e os escopos da jurisdição.....	423
8.2. As relações entre a verdade e a prova sob a ótica do convencimento judicial.....	427
8.3. A verdade substancial e a verdade formal.....	433
8.4. O dever de colaboração das partes e do juiz para a elucidação da verdade.....	440
8.5. Poderes instrutórios do juiz e ônus da prova.....	445
8.6. Superação da antinomia entre princípios -razoabilidade/ proporcionalidade, ponderação de valores e interpretações sistemática, teleológica e criativa do direito.....	449
8.7. A hermenêutica como solução à contraposição entre o ativismo judicial na dinamização do ônus da prova e a imparcialidade do julgador – adoção do modelo processual cooperativo.....	455

**Conclusões.....477**

**Referências.....495**

---

## Abreviaturas

Art.....	artigo
Ag.....	agravo de instrumento
AgRg.....	agravo regimental
AREsp.....	agravo em recurso especial
CF.....	Constituição Federal – referindo-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP.....	Constituição da República Portuguesa
CPC.....	Código de Processo Civil – referindo-se à legislação do Brasil
CPCCN.....	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
CPP.....	Código de Processo Penal – referindo-se à legislação do Brasil
DJe.....	Diário da justiça eletrônico/ diário judiciário eletrônico
EREsp.....	embargos de divergência em recurso especial
JECC.....	Juizados especiais cíveis e criminais
JEF.....	Juizado especial federal
JEFP.....	Juizado especial da fazenda pública



NCPC.....Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015  
ONU.....Organização das Nações Unidas  
PL.....Projeto de Lei  
STF.....Supremo Tribunal Federal - Brasil  
STJ.....Superior Tribunal de Justiça - Brasil  
ZPO – Zivilprozessordnung.....Código de Processo Civil alemão

I - O regime jurídico da *distribuição do ónus*<sup>1</sup> (sobretudo, do ónus subjetivo<sup>2</sup>) da prova é milenar<sup>3-4</sup>.

O livro agora apresentado ao público e aos meios especializados pelo Doutor Vítor Luís de Almeida — correspondente à dissertação de doutoramento, da qual fui orientador, que o Autor submeteu e defendeu em provas públicas na Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, com classificação elevada — traduz uma importante reflexão e discussão sobre esta aporia entre as *regras legais* estabelecidas sobretudo no CPC (brasileiro) de 2015 (art. 373º) respeitantes à repartição do ónus da prova (*subjetivo*) e a *margem relativamente vinculada de apreciação do julgador* para, nos casos concretos, este juiz atribuir esse encargo/ónus à parte

---

<sup>1</sup> Ónus enquanto possibilidade de adoção da conduta prescrita e liberdade de agir do onerado (e não situação jurídica passiva), cuja inação não constitui ato ilícito e sem qualquer vinculação da contraparte, bem como meio de tutelar o interesse do onerado e não o titular do direito subjetivo correspondente.

<sup>2</sup> Qual regra de conduta que indica qual das partes deve produzir as provas das alegações sob pena de verem a sua pretensão total ou parcialmente negada. Este ónus subjetivo distingue-se do ónus objetivo enquanto regra de julgamento atinente à atividade do juiz, auxiliando-o nos casos de insuficiência de prova e existência de dúvida quanto à questão fática: qual consequência ou resultado probatório de este ficar numa situação de dúvida insanável.

<sup>3</sup> Isto sem esquecer a polissemia da palavra «prova»: seja como *atividade* desenvolvida no processo para a reconstrução dos fatos, seja como *meio* ou instrumento pelo qual se introduzem nos processos informações sobre os fatos, seja, enfim, como o *resultado* probatório em termos de convencimento que ela gera na mente do julgador.

<sup>4</sup> Cfr., no Brasil, para esta análise histórica, Alfredo Buzaid, “Do ónus da prova”, in *Revista da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, 57 (1962), pp. 113-140 (p. 117 ss.)

diferente daquela a quem *o legislador* tradicional e abstratamente imputa o cumprimento. Eis a dogmática das “cargas probatórias dinâmicas”, mobilizando um novo olhar sobre os princípios do *inquisitório* e do *dispositivo*, à luz de um princípio aglutinador *cooperativo*.

O tema não é, porém, novo no Processo Civil brasileiro. Luiz Guilherme Marinoni já o analisou ao abrigo do CPC brasileiro de 1973, sobretudo quando já chamava a atenção para a insuficiência do legislador no prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas<sup>5</sup>; outrossim, Paulo Rogério Zaneti<sup>6</sup>, João Monteiro De Castro<sup>7</sup> e, entre alguns outros<sup>8</sup>, Maria Elizabeth De Castro Lopes<sup>9</sup>. Tratava-se já então de reduzir o esforço probatório da parte onerada, de acordo com as regras vigentes no CPC de 1973 consideradas estáticas e arreigadas a determinações aprioristas, já que não atendiam ao casuísmo e às particularidades do caso concreto e à possibilidade de a parte contrária à onerada estar em melhores condições de realizar a prova dos factos alegados pela outra.

O novo regime do CPC brasileiro de 2015 impunha assim um novo estudo, em face da reconfiguração do conteúdo daqueles princípios processuais em matéria probatória, tarefa exitosamente empreendida pelo Doutor Vítor Luís de Almeida.

**II** - O percursor moderno da teoria da *distribuição dinâmica do ônus da prova* (“teoria de las cargas probatórias dinâmicas”, “prueba

---

<sup>5</sup> Luiz Guilherme Marinoni, “Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto”, in *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n° 8 (setembro/outubro 2005) pp. 17 ss. (p. 25).

<sup>6</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 143-145.

<sup>7</sup> João Monteiro De Castro, *Responsabilidade civil do médico*, São Paulo, Método, 2005, p. 190

<sup>8</sup> Por exemplo, Alexandre Freitas Câmara, “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n° 31 (outubro, 2005), p. 19 ss.; Antonio Janyr Dall’agnol Junior, “Distribuição dinâmica dos ônus probatórios”, in *Revista dos Tribunais*, 2001, v. 788 (junho 2001), p. 93 ss. (p. 98-107) = *Revista Jurídica*, ano 48°, n° 280 (fevereiro 2001), p. 5 ss., acessível no seguinte endereço eletrônico: file:///C:/Users/rfernandes/Downloads/DALLAGNOL%20JR%20-%20Distribui%C3%A7%C3%A3o%20din%C3%A2mica%20dos%20%C3%B4nus%20probat%C3%B3rios.pdf; Wilson Alves De Souza, “Ônus da prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, in *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. 6, Salvador, 1999, p. 234 ss.

<sup>9</sup> “Ativismo judicial e o ônus da prova no processo civil”, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo/LASP*, São Paulo, Revista dos Tribunais (jan./jun.), 2007.

compartida”, “solidariedade de la prueba”), foi o processualista argentino Jorge Peyrano (e também Julio O. Chiappini e Augusto Morello), ao que se julga ainda nos anos oitenta do século passado<sup>10</sup>. De acordo com o primeiro (impressionado com as ações de responsabilidade civil médica decorrentes de intervenções cirúrgicas, aqui onde a vítima teria que alegar e provar a conduta culposa do médico), o ónus probatório — pese embora seja uma orientação de convocada a título excepcional (e de aplicação parcial, ou seja, apenas aos factos que tenham causado dúvida no espírito do julgador) — deveria, em certas hipóteses mais extremas e raras, ser distribuído, não com base na função que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função das melhores condições probatórias, independentemente da sua posição no processo (autor ou réu). Repare-se que o motivo que levou o Professor argentino a enveredar por este entendimento residiu na ausência no CPC argentino (de 1981) de regras relativas à inversão do ónus da prova no seu art.

---

<sup>10</sup> Jorge Peyrano, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba”, in *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, ano 1992, n.º 2. Este Autor ter-se-á inspirado em Jeremy Bentham (*A Treatise on Judicial Evidence*, London, Published by Messr. Balwin, Cradock, and Joy, 1825, p. 9 ss., espec. pp. 257-258, onde o filósofo afirma o seguinte: “The obligation to furnish evidence ought, in every case, to be laid on the party who can fulfil it with least inconvenience, that is, with least delay, expense and vexation” — o itálico é meu; acessível no seguinte endereço: <https://books.google.pt/books?id=tMsDAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-#v=onepage&q&f=false>), no primeiro quartel do século XIX — um dos corifeus das teorias utilitaristas — embora para este último jurista e filósofo o encargo probatório caberia à parte com melhores condições de o produzir ou com menos inconvenientes, como regra geral, o que implicava considerações de índole económica ou de análise económica do direito. Note-se que no direito anglo saxónico esta questão nunca foi tão polémica, uma vez que o seu sentido pragmático conduz, não apenas a uma *discovery* efetuada, por vezes, antes do início do processo, mas também, e sobretudo, à utilização de *presunções judiciais* (*prima facie*) suscetíveis de *alterar ao longo do processo* o ónus subjetivo da demonstração da realidade dos factos. Cfr., por exemplo, ainda no século XIX, James B. Thayer, “The Burden of Proof”, in *Harvard Law Review*, vol. IV, n.º 2 (1890), p. 45 ss. (p. 58: “This shifting of the duty of going forward with argument or evidence may go on through the trial. Of course, *the thing that thus shifts and changes is not the peculiar duty of each party*, - for that remains peculiar, i.e., the duty, on the one hand, of making out and holding good a case which will move the court, and, on the other, the purely negative duty of preventing this; *but it is the common and interchangeable duty of going forward with argument or evidence* (...) ‘the party on whom the onus of proof lies,’ must mean, not the party on whom it lay at the beginning of the trial, *but the party on whom, on the undisputed facts, it lay at the time the direction was given*” — os itálicos são nossos (o texto está disponível no seguinte endereço: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1321112.pdf>).

377<sup>11</sup>; uma razão muito particular, portanto. O Código Civil argentino também não inclui normas gerais de direito probatório material (mas apenas, aqui e ali, normas que estabelecem certas presunções legais: p. ex., no art. 2243, no quadro das ações possessórias) ou que impõem ao juiz o dever de agir quanto à apresentação de meios de prova (p. ex., 329 do CPC argentino), ao invés do que sucede no Código Civil português. O próprio Código Civil brasileiro inclui várias previsões em que ocorre a inversão do ónus da prova: p. ex., arts. 224°, 646°, 877°, 1965°.

O pilar diferenciador destes dois institutos (dinamização do ónus da prova *versus* inversão do ónus probatório) reside no seguinte: a inversão é feita por meio de critérios *legalmente* estabelecidos de forma prévia e abstrata, enquanto na teoria das *cargas probatórias dinâmicas* verifica-se uma singular *análise do juiz* acerca da situação fática do caso concreto; julgador que o aprecia utilizando as regras de experiência, de modo a atribuir de forma direta o encargo relativa a alguma alegação sobre factos ao sujeito-parte que se encontre em melhores condições de produzir o meio probatório.

**III** - Se pensarmos nos vários temas de direito processual civil relativos à *instrução da causa*, o ónus da prova é a temática que, provavelmente, têm merecido a atenção da doutrina.

Há quase dois séculos<sup>12</sup> a ciência jurídica processual moderna analisa este complexo problema, o que originou uma plêiade de teorias e concepções prático judicativas. Se esta problemática, na primeira metade do século XX, partia da distinção entre o *princípio do dispositivo* e o *princípio do contraditório*, atualmente ela reproblematisa-se à luz das novas dimensões do princípio do inquisitório, do princípio da *cooperação intersubjetiva das partes*, da *igualdade das partes* e da *imparcialidade*

---

<sup>11</sup> O qual estatui o seguinte: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

<sup>12</sup> Moritz August von Bethman-Hollweg, “Über die Beweislast”, in *Versuche über einzelne Theil des Civilprozesses*, 1827, V, p. 319 ss., acessível em versão digitalizada no seguinte endereço: [https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10553835\\_00398.html](https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10553835_00398.html). Lembre-se que o *Treatise on Judicial Evidence*, de Jeremy Bentham, é de 1825.

do julgador. Isto porque na fase da valoração da prova, como regra de julgamento dos factos – onde avulta o princípio da livre apreciação dessa prova sujeita, porém, a rigorosos mecanismos de análise crítica e fundamentação dessa valoração –, a distribuição do ónus da prova apenas resolve quem deve provar que tipo de fato e quem deve suportar a falta dessa prova.

**IV** - As questões relacionadas com o fenómeno da inversão do ónus da prova são extremamente problemáticas. Independentemente da previsão em lei especial — e não obstante algumas vezes em contrário se terem manifestado no passado, na doutrina e na jurisprudência brasileira, segundo as quais a inversão casuística (*ope iudicis*) do ónus da prova subverte o devido processo legal e implica eventuais riscos de arbitrariedade no processo —, o art. 373, § 1, do novo CPC brasileiro permite que o julgador inverte esse ónus nas situações aí contempladas, cujos requisitos, para o Doutor Vítor Luís de Almeida, são de verificação *cumulativa*, a despeito da proposição «ou». Se entendermos que inversão do ónus da prova *ope iudicis* é a situação em que o juiz distribui o ónus da prova de forma diferente da previsão inicial da lei, então essa inversão nada mais é do que um desvio da lei.

**V** - No processo civil dos ordenamentos jurídicos europeus, a *inversão do ónus da prova* só pode ser considerada em grupos de casos raros. Isso requer uma previsão legal geral e impõe a fundamentação por que motivo deve, num caso concreto, ser essa inversão absolutamente necessária. Assim, a inversão do ónus da prova em *casos individuais*, ou seja, fundada em meras (e abstratas) razões de justiça ou de equidade do processo individual, deve ser rejeitada em qualquer caso<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Por todos, no direito alemão, Hanns Prütting, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6ª ed., München, C. H. Beck, 2020, § 286, anotação à margem n° 126. Em Portugal, o art. 344º do Código Civil prevê expressamente as eventualidades em que ocorre a inversão do ónus da prova, ou seja, 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; sobretudo, a previsão do n° 2 desta norma é importante, pois dela decorre uma inversão *ope iudicis* cuja *discricionariedade judicativa* é limitadíssima nos seguintes casos: 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. A posição dominante da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que o rol de situações da referida norma é *taxativo* – cfr. Rita Lynce De Faria, *A inversão do ónus da prova no Direito Civil português*, Lisboa, Lex, 2001, p. 65, no sentido de a decisão *ad hoc* do julgador relativa à inversão do ónus da prova constituir uma *norma de decisão* provida de inegáveis riscos consubstanciados na incerteza e insegurança jurídica

De resto, entende-se maioritariamente que as normas relativas aos ónus da prova integram o *direito substantivo*<sup>14</sup> e não ao *direito processual*. A *distribuição dinâmica* do ónus da prova nos casos concretos também não é orientação maioritariamente perfilhada. O n.º 7 do artigo 217.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, de 2000, é uma exceção. Neste inciso estatui-se o seguinte: “*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”. Mesmo para o Prof. Micheli Taruffo<sup>15</sup>, recentemente falecido, há o perigo de o juiz «manipular» o encargo da prova, colocando-se no lugar do legislador, a fim de facilitar a produção probatória acerca da questão.

No Processo Civil (e laboral<sup>16</sup>) português só há distribuição casuística do ónus da prova pelo juiz em consequência da *violação culposa* do princípio da cooperação pela parte não onerada com a prova, a qual “torna impossível” (ou muito difícil<sup>17</sup>) a prova ao onerado (art. 344.º n.º 2, primeira parte do Código Civil).

Assim, tal prerrogativa de o julgador operar essa distribuição casuística também parece não ter cobertura legal, através das normas que consagram o *princípio do inquisitório*, o *dever de gestão processual* (art. 6.º do CPC) ou *adequação formal* (art 547.º do mesmo Código). O novo CPC português, de 2013 — em cujas comissões de reforma participámos (2009-2011) — o qual, em geral, reforçou ou densificou o princípio do inquisitório, nada alterou no tocante à distribuição do ónus de prova, sendo certo que essa *ocasio legis* foi a mais adequada para

---

para as partes, sustentando que os atuais poderes do juiz no que tange à iniciativa oficiosa da produção de meios de prova e esclarecimento das partes são suficientes.

<sup>14</sup> Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18ª ed., München, C. H. Beck, 2018, § 116, anotação à margem n.º 30; Hans-Joachim Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Walter de Gruyter, 1975, § 2, p. 30; Hanns Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast, eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht*, München, C. H. Beck, 1983, p. 175

<sup>15</sup> “Presunzioni, inversion, prova del fatto”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XLVI, 1992, p. 750-751.

<sup>16</sup> Regra que se aplica subsidiariamente ao regime direito probatório nos tribunais Administrativos e tributários (art 1.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais).

<sup>17</sup> Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas* (org. Armando Marques Guedes *et alii*), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 830-831.

operar essa consagração expressa<sup>18</sup>. Não há, portanto, norma habilitante no processo civil português para lograr este desiderato: o art. 203.º da Constituição da República Portuguesa determina que “os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”.

Além disso, a nova configuração do Processo Civil português, na fase do saneamento da causa, no que tange aos denominados “Temas da Prova” — enunciados conclusivos sobre o que ao juiz cumpre apreciar e julgar, que não incluem apenas matéria de facto (art. 596º, nº 1, do CPC) — inviabiliza a mobilização desta metodologia nesse momento processual e, logo, a alteração do encargo da prova da realidade dos factos alegados, uma vez que a enumeração desses “temas da prova” não implica qualquer compromisso quanto às regras da distribuição do ónus da prova<sup>19</sup>. Com o que, a ser convocada pelo juiz, esta teoria surpreenderia a sua aplicação apenas na *fase da sentença*, circunstância que, atendendo ao momento processual em questão, tenderia a inviabilizar a necessidade de ouvir as partes quanto a essa iniciativa e dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe fora atribuído<sup>20</sup>, contrariamente ao que se preceitua no CPC brasileiro.

**VI** - Subsistem, a meu ver, outros motivos por mor dos quais esta teoria não tem feito progressos no direito processual português (incluindo no direito processual trabalhista). Com efeito, em Portugal o recurso de apelação para a 2.ª instância (quando o objeto do recurso incide sobre erros de julgamento relativos aos factos) impõe, no art. 662.º, n.º 2, do CPC, o *poder-dever* de os desembargadores ouvirem

---

<sup>18</sup> Contra a possibilidade de aceitação no direito processual civil português, cfr. Maria Dos Prazeres Beza, *O activismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ónus da prova*, 2012, disponível no seguinte endereço: [www.ippcivil/recursosbibliograficos](http://www.ippcivil/recursosbibliograficos); no mesmo sentido Rui Rangel, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 138, referindo que esta possibilidade “comportava o risco de envolver directamente o juiz nos factos e poderia atenuar o risco em que incorreria a parte onerada com a prova que resultasse dessa obrigação oficiosa.”; além de que, nas suas palavras, “deixava de se poder falar na existência de um ónus ou faculdade que resulta de uma actividade voluntária da parte em causa, para se falar numa obrigação resultante de uma ordem jurisdicional, o que não se encaixa na filosofia e na natureza deste instituto de prova”; Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, Lex, 2000, p. 68.

<sup>19</sup> Paulo Pimenta, “Os temas da prova”, in *Revista Lusíada, Direito*, nº 11 (2013), p. 30, acessível no seguinte endereço: [http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/913/pdf\\_19](http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/913/pdf_19)

<sup>20</sup> Exceto eventualmente se a parte onerada requeresse a distribuição dinâmica deste ónus em momento anterior.



minuciosamente o teor da gravação ou o registo audiovisual de toda a prova produzida em audiência (pelo menos no que respeita aos concretos pontos de facto postos em crise nas alegações de recurso), podendo (e devendo), se for caso disso, ordenar a produção de *novos depoimentos* (das *mesmas* testemunhas) ou determinar a produção de meios de prova que não foram produzidos na 1.<sup>a</sup> instância (p. ex., pericial)<sup>21</sup>; e, outrossim, somente com base nesses registos (áudio ou audiovisual), suscetíveis de retratar tudo o que se passou na audiência da 1.<sup>o</sup> instância, a 2.<sup>a</sup> instância pode alterar o sentido da prova dos factos; designadamente, dando como provados factos que foram considerados não provados na 1.<sup>a</sup> instância e vice-versa. O *poder-dever* de, *oficiosamente*, em Portugal, a 2.<sup>a</sup> instância *reexaminar e/ou reponderar* os resultados probatórios torna menos relevante a mencionada doutrina do ónus da prova dinâmico. De resto, se a dificuldade de realizar a prova se verifica independentemente do sujeito onerado, resultante da própria natureza do facto a provar, daqui decorre que a demonstração da realidade deste tipo de alegações sobre factos apresenta dificuldades para todos os litigantes ou, pelo menos, para a pessoa média e razoável em que o julgador se coloca; neste tipo de constelações não existe, em regra, uma parte em melhores condições probatórias.

Aliás, no direito português, esta questão, bem como a das *convenções sobre a repartição do ónus da prova* ou a exclusão de meios de prova está prevista no *Código Civil* português (v.g., art. 345<sup>o</sup>); já os procedimentos probatórios estão previstos no *Código de Processo Civil* português. Assim, a *repartição do risco decorrente da falta de prova*, de harmonia com as regras de repartição do ónus da prova, somente pode, no direito europeu (com exceção do espanhol), resultar da norma legal material aplicável, quer ela esteja regulada no *Código Civil* português, quer em outros *Códigos de direito substantivo* ou leis avulsas (v.g., lei da *responsabilidade civil objetiva* do fabricante de produtos defeituosos; lei de bases do ambiente, etc.). Seria incompatível com a *função instrumental* do direito processual se, em caso de *non liquet*, fosse somente a lei processual (ou o juiz, de uma

---

<sup>21</sup> Já no anterior *Código*, para uma releitura dos poderes dos tribunais de 2.<sup>a</sup> instância em matéria de reexame e reponderação da matéria de facto julgada na 1.<sup>a</sup> instância, cfr. J. P. Remédio Marques, “Um breve olhar sobre o duplo grau de jurisdição em matéria de facto”, in *Cadernos de Direito Privado, I Seminário de Cadernos de Direito Privado* “O Processo Civil entre a Justiça e a Celeridade”, número especial 01, dezembro, 2010, p. 80 ss.

forma *ad hoc*) a determinar a distribuição (e a atribuição) do risco da falta de prova e, portanto, o resultado material do processo<sup>22</sup>.

Por fim, no processo civil português é indiferente para a valoração da prova o sujeito processual que a produziu, ou se esta resultou das diligências oficiosas do tribunal. Isto porque todas as provas produzidas no processo são *atendíveis* (*princípio da aquisição processual*: art. 413º do CPC). A ambas as partes aproveita toda a prova carreada para o processo, independentemente de quem teve essa iniciativa – isto à luz dos princípios da *aquisição processual* e *inquisitório*<sup>23</sup>. Em Portugal verifica-se o *máximo aproveitamento das provas carreadas no processo*. A promoção mesmo *oficiosa* da iniciativa probatória é uma constante preocupação do legislador e dos juízes.

Na realidade, o sistema processual civil probatório português está desenhado para permitir o *máximo aproveitamento das provas carreadas para os autos*, circunstância que é demonstrativa da preocupação legislativa portuguesa com a promoção da iniciativa probatória. Ou bem que a parte onerada com a prova a demonstra efetivamente e o facto será considerado provado pelo tribunal, ou bem que a parte contrária logra, por via da contraprova, tornar duvidosos os factos sobre os quais recaiu a prova produzida pela parte onerada; e, nesta eventualidade, a questão será decidida contra a parte onerada com a prova, ou seja, ficará provado o facto contrário (artigo 346.º do Código Civil, conjugado com os artigos 413.º e 414.º do CPC). Daqui decorrem os seguintes postulados: um facto pode ser provado pela parte que não estava onerada com o seu ónus probatório e, mesmo assim, o juiz tem de considerar e valorar aquela prova; o ónus de prova não é um ónus jurídico em sentido estrito, uma vez que ele pode ser descumprido e ainda assim a parte onerada não sofre qualquer penalização.

Com a distribuição do ónus da prova e à luz da específica configuração do direito probatório (material e processual) português, a parte onerada terá todo o interesse em alegar e colocar em relevo (para não

---

<sup>22</sup> Hanns Prütting, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6ª ed., 2020, cit., § 286, anotação à margem n.º 141; de acordo com Miguel Teixeira De Sousa, *As Partes, O Objeto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 197, a prova é regulada pelo direito probatório, e este pode ser material ou formal, mas as regras de distribuição de distribuição do ónus da prova reconduzem-se ao *direito probatório material* e, por isso, encontram-se essencialmente reguladas no Código Civil português.

<sup>23</sup> J. P. Remédio Marques, *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 592-593.

dizer provocar) a sua dificuldade probatória, tendo em vista obter uma decisão de distribuição pelo julgador, que onere a parte contrária e que contra ela se resolva (art. 414.º do Código de Processo Civil). Se assim não fosse, a parte onerada tudo então faria para que o julgador recorresse à referida distribuição dinâmica, a fim de ela ser desonerada daquele ónus, de maneira a que o risco da sua não produção passasse a correr por conta da parte contrária. Tratar-se-ia de um incentivo à parte inicialmente onerada em não empreender esforços para produzir prova, antes a potencializar as suas debilidades probatórias. Ao invés, a parte não onerada terá interesse em refutar a prova da parte onerada, através da sua impugnação especificada, tomando sobre ela uma posição definida e evitando que os factos sejam admitidos por acordo (art. 574.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil), ou tentado operar a *contraprova* para impedir que o julgador se convença do facto disputado (art. 346.º do Código Civil).

Deste modo, a parte não onerada com a prova de certo facto (p. ex., o nexó de causalidade entre o facto e o dano) é também estimulada a produzir prova em sentido contrário quanto ao mesmo facto, visando demonstrar o contrário da prova produzida pela parte onerada (conquanto esta última o possa fazer, por exemplo, através de um facto instrumental suscetível de alicerçar uma ilação no âmbito das *presunções judiciais*: art. 351º do Código Civil), ou, pelo menos, lançar dúvida sobre a mesma. O *aproveitamento máximo das provas* aliado ao reforço dos poderes (inquisitórios) instrutórios do juiz reduz, no processo civil português, as situações de dúvida.

**VII** - Coisa diversa consiste no reforço do *dever de cooperação* (e de esclarecimento) da parte contrária àquela onerada com o dever de alegação e prova dos factos. Trata-se de um específico dever processual meramente *facilitador da prova* com que a parte contrária está onerada. A tentativa de reduzir a área de falta de prova por parte do onerado usando a parte contrária e obrigando-a esclarecer os fatos também pode ser assim relevante. Na Alemanha, Rolf Stürner desenvolveu, com base num argumento de *analogia*, este dever de informar imputável à parte não onerada<sup>24</sup>. Segundo este Autor, este dever deveria incluir *todas as contribuições possíveis e razoáveis* para o esclarecimento dos pontos de facto controvertidos por banda da parte que não tem o ónus de os alegar

---

<sup>24</sup> Rolf Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, p. 92 ss.

e provar, nomeadamente a apresentação de documentos, informação e submissão a vistorias ou a exames. Isto para além de outras obrigações, tais como as de aconselhar, informar e fornecer informações ou esclarecimentos nos termos da legislação aplicável, de acordo com a pretensão material e a conformação dos factos constitutivos do direito subjetivo alegado pela parte<sup>25</sup>.

Parece-nos que tal *dever processual geral de informar* deve ser rejeitado no direito processual civil europeu. Faz parte da essência do *processo adversarial* que aqueles que não estão onerados com as provas não devem, em regra, contribuir *motu proprio* para o esclarecimento dos fatos, nem devem suportar as desvantagens de um *non liquet* remanescente. Nenhuma das partes é obrigada a prosseguir a causa de seu oponente ou a investigar os fatos que a este outro aproveitam<sup>26</sup>; e nem parece ocorrer qualquer *lacuna* (ou caso omissio) na lei dos diferentes ordenamentos jurídicos europeus cuja colmatação seja exigível — atente-se, por exemplo, nas disposições dos § 142 do Código de Processo civil alemão e dos arts. 417º, nº 1, 429º, 432º, do CPC português, os quais permitem que o juiz determine oficiosamente ou a pedido da parte contrária, a apresentação de documentos ou outras coisas móveis que estejam em poder da parte contrária (ou de terceiros).

O fator decisivo para a *rejeição de um dever processual geral de divulgação* (de documentos, de informações) da parte não onerada de provas é o seu efeito. Na verdade, o reconhecimento de tal obrigação comprometeria em grande medida a *repartição dos riscos* criada pelo legislador através do ónus da prova objetivo. Isso não é reconhecido pelos defensores do dever processual de informar.

Há, isso sim, um ónus secundário ou instrumental de alegação *e de esclarecimento*, o qual, no direito europeu, está a desempenhar um papel cada vez mais crescente no contexto da *facilitação da prova*. De acordo com este ónus, a parte não onerada com a prova de determinado facto tem um ónus acrescido de fundamentação se a parte a quem compete

---

<sup>25</sup> Assim, tb. Johannes Lang, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1999, p. 49 ss.

<sup>26</sup> Wolfgang Brehm, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982, p. 83; Friedrich Stein/Martin Jonas/Dieter Leiopold, *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, 22ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck 2013, § 138, anotação à margem n.º 24; Hanns Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., 1983, p. 137 ss.

o ónus de alegação e prova de determinado facto não conhece os fatos relevantes porque está fora do curso do evento danoso (contratual ou extracontratual), designadamente pela ocorrência da conatural assimetria de informação entre estas.

No entanto, este ónus secundário de alegação e de esclarecimento pressupõe que a parte inicialmente onerada com a prova cumpra o seu ónus de alegação de uma maneira abstrata. Este ónus secundário da alegação baseia-se, em última análise, por exemplo, nos arts. 342.º, n.º 2, 452º, n.º 1 (“*O juiz pode, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informação ou esclarecimentos sobre os factos que interessem à decisão da causa*”), ambos do Código de Processo Civil português, no art. 346.º do Código Civil luso (este último estatuinto o seguinte: “... à prova que for produzida pela sobre quem recai o ónus probatório pode a parte contrária *opor a contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos ...*”) e no § 138(2) do Código de Processo Civil alemão (*Cada parte deve explicar os fatos alegados pelo oponente*). Uma vez que depende da situação específica do litígio e não afeta a distribuição do ónus da prova objetivo, é um caso especial do ónus específico da alegação e prova e dos deveres de esclarecimento e prestação de informações.

Daí que a ideia de *facilitação da prova da parte onerada* posicionada numa situação de assimetria de conhecimento (e de recursos) possa ser alcançada de uma forma dúctil, no processo civil português, por meio, designadamente, do específico entendimento que decorra do *princípio da livre apreciação da prova*: o Tribunal poderá considerar na própria avaliação da prova, as dificuldades probatórias com que uma das partes (a especificamente onerada) se confrontou e, quando tal ocorrer, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova de determinado facto<sup>27</sup> (p. ex., o nexo causal no quadro da responsabilidade civil médica). Ora, a atenuação do grau de prova exigível ao onerado pode ser alcançado por meio do recurso à prova por *presunção judicial*<sup>28</sup> (prova *prima facie*), de tal maneira que o tribunal pode, não raras vezes, formar a sua convicção

---

<sup>27</sup> Miguel Teixeira De Sousa, *As Partes, O Objeto e a Prova no Processo Civil*, cit., 1995, p. 236 ss.

<sup>28</sup> J. P. Remédio Marques, “Os poderes da Relação em matéria de *presunções judiciais* e o controlo do STJ sobre o exercício desses poderes”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. 92, Tomo II (2016), p. 757 ss. (p. 775 ss.); Elizabeth Fernandez, “*Prova difícil ...*”, 2013, cit., pp. 26-27.

(e analisar criticamente as provas à luz da regra da fundamentação das decisões judiciais) através de *factos indiciários*, com recurso às *máximas da experiência*.

Em suma, a despeito de o Processo Civil português ser formalmente determinado pela antiga conceção (estática) da distribuição do ónus probatório de Carnelutti<sup>29</sup> (reformulada por Roseberg e Micheli), no seu art. 342º do Código Civil<sup>30</sup>, o certo é que a flexibilidade (e a tendencial dinâmica dialética suscetível de ocorrer no curso do trâmite) deste sistema processual tem conseguido atingir os resultados que noutros quadrantes (sobretudo, na Argentina, Espanha, Colômbia e, recentemente, no Brasil) são atingidos pela teoria da *distribuição dinâmica do ónus da prova*. Isto também para quem, como nós, que sustenta que não existe, em sentido material, propriamente um ónus da prova subjetivo em Portugal. Isto porque não existe qualquer disposição que determine uma monopolização das provas pela parte onerada com o ónus, seja através da sua exclusiva requisição, seja por meio de qualquer privilégio na atividade probatória<sup>31</sup>. Com efeito, por mor dos princípios do *inquisitório* e da *cooperação*, constata-se que, em Portugal, é indiferente para a valoração da prova o sujeito processual que a produziu, ou se esta resultou das diligências officiosas do tribunal, na medida em que o *princípio da aquisição processual* determina que todas as provas produzidas no processo são atendíveis. A ser assim, o ónus subjetivo da prova no ordenamento português tornar-se, na prática forense, pouco relevante.

---

<sup>29</sup> Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Cedam, Padova, 1936, p. 424 e ss.

<sup>30</sup> Lembre-se que no direito justinianeu (século VI d.c.), surgiu a regra segundo a qual a prova da (afirmação da) existência ou não existência de um facto competia à pessoa que o alegava, ainda que se tratasse de uma exceção, ideia que foi retomada na Idade Média. No ordenamento processual civil alemão não existe uma norma parecida com a do art. 342.º do Código Civil português, nem com a do art. 373º, I e II, do novo CPC brasileiro (antigo 333º do CPC brasileiro de 1973); todavia, as orientações quanto à distribuição seguem a mesma linha: a parte que pretende ser beneficiada pelos efeitos de uma norma deve alegar e provar os seus pressupostos fácticos. Assim, na ausência de regras expressas acerca da divisão do ónus da prova, o autor apenas deve provar os factos pressupostos para a aplicação da norma e o réu os factos extintivos, impeditivos ou modificativos. Aquele que deseja a aplicação dos efeitos de uma norma que consagra um direito ou uma posição jurídica subjetiva deve provar somente os factos que são exigidos para a sua aplicação e não os que impedem ou obstaculam a sua aplicação, ou modificam ou extinguem o seu direito (*Normantheorie*, tributária da doutrina de Rosenberg).

<sup>31</sup> J. P. Remédio Marques, *Ação Declarativa*, 3ª ed., cit., 2011, pp. 592-593.

**VIII** - Ademais, no processo civil português existem regras especiais, fora do seu CPC, que permitem atenuar o cumprimento do ónus da prova subjetivo, facilitando a alegação e prova de factos controvertidos: por exemplo, no direito do trabalho, o art. 12º do Código do Trabalho estabelece uma *presunção de laboralidade* por meio da consagração de cinco indícios (factos indiciários) por meio dos quais é mais fácil ao autor alegar e provar a sua condição de trabalhador dependente e, nessa medida, auferir as vantagens advenientes da situação jurídica de trabalhador dependente (p. ex., a propósito da plataforma informática «Uber» e outras). O art. 25º, nº 5, do mesmo Código estatui uma inversão do ónus da prova da discriminação laboral (“Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, *incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação*” – o itálico é meu).

No direito tributário, o art. 74º da Lei Geral Tributária estabelece que “o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque. (...) Quando os elementos de prova dos factos estiverem em poder da administração tributária, *o ónus previsto no número anterior considera-se satisfeito caso o interessado tenha procedido à sua correcta identificação junto da administração tributária*” – o itálico é meu.

No seio da *responsabilidade contratual*, o art 799º, nº 1, do Código Civil português prevê que cabe ao lesante provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não resulta de culpa sua, e não ao lesado. Nestes casos, *presume-se a culpa*, cabendo ao lesado alegar a existência do contrato e o incumprimento ou o cumprimento defeituoso; o réu deverá, destarte, demonstrar que o *incumprimento* ou o *incumprimento defeituoso* não procede de culpa sua.

No âmbito da *responsabilidade civil médica* (quando for extracontratual), o art. 493º do referido Código Civil português permite, em alguns casos, mobilizar a *presunção de culpa* no exercício de *atividades perigosas*. Isto para além da faculdade de o juiz lançar mão da equidade em casos de prova difícil ou mesmo impossível ou recorrer à prova *prima facie* (*presunção judicial*). As dificuldades probatórias do paciente onerado quanto à *demonstração do nexa causal* ou da *culpa* podem, por exemplo, ser superadas se e quando o médico ou o hospital extraviem, destruam ou alterem a ficha clínica do lesado ou se recusem a juntá-la aos autos — situação que, ou bem que se gera a inversão do ónus da



prova por determinação do julgador (precedida da prévia advertência da parte faltosa), ou bem que é valorada pelo juiz no sentido de que o réu recebe o resultado daquela diligência probatória<sup>32</sup>.

No direito do consumo, o art. 9º-A da Lei nº 24/96, de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor) determina que “Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços *provar o cumprimento do dever de comunicação*” — o itálico é meu. No regime jurídico da *responsabilidade civil do produtor na venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas*, prescreve-se que o produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei (art.12º, nº 2, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pelo Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril). De resto, em outros domínios organizacionais de fatores de produção, confrontando-se o autor / lesado com uma situação – o produto defeituoso – que, de acordo com a experiência da vida e o curso normal das coisas, faz deduzir com toda a probabilidade que algo tenha falhado, sem poder contudo identificar o sujeito que terá contribuído para a produção do bem ou a quem o defeito é imputável em termos de cumprimento do dever de organização produtiva, o tribunal inferirá e estabelecerá a presunção (*presunção judicial*) de que o defeito se deveu a culpa do produtor.

No domínio das transações bancárias feitas no domicílio ou fora da instituição bancária (*homebanking*), o art. 132º, nº 2, do Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de novembro (Regime dos Sistemas de Pagamento no Mercado Interno) prevê, entre outras regras de inversão do ónus da prova prevista neste decreto-lei, que “*cabe ao prestador do serviço de iniciação do pagamento o ónus de provar que a ordem de pagamento foi recebida*

---

<sup>32</sup> Luís Filipe Pires De Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 45. Aliás, este Autor defende que a conduta processual pode constituir o facto-base de um *indício endoprocessual*, desde que: a parte tenha conhecimento de determinado facto; esse facto seja relevante na apreciação do mérito da causa segundo as várias soluções plausíveis de direito; a prova desse facto no processo seja desfavorável a essa parte; e com o fito de evitar esse resultado desfavorável, a parte procede no sentido de frustrar total ou parcialmente a prova desse facto ou de desviar a atenção sobre o mesmo (*op. cit.*, p. 46). Na realidade, em muitos casos é possível e até inevitável usar *máximas* ou *regras da experiência* e a realização de inferências em muitos casos nos quais não é possível operar a convicção judicativa de uma forma direta (*maxime*, por meio de inspeção judicial ou prova por confissão), mas antes por meio de prova testemunhal, declarações das próprias partes ou prova documental – J. P. Remédio Marques, “Os poderes da Relação ...”, 2016, cit., pp. 790-791.



*pelo prestador de serviços de pagamento que gere a conta do ordenante nos termos do artigo 119.º e que, no âmbito da sua competência, a operação de pagamento foi autenticada e devidamente registada, e não foi afetada por qualquer avaria técnica ou por outra deficiência relacionada com a não execução ou com a execução incorreta ou com a execução tardia da operação” — o itálico é meu.*

No quadro do regime jurídico da responsabilidade civil por danos ambientais, o art. 12º do Decreto-Lei nº 147/2008, de 29 de julho, reza que “*o operador que, independentemente da existência de dolo ou culpa, causar um dano ambiental em virtude do exercício de qualquer das actividades ocupacionais enumeradas no anexo iii do presente decreto-lei ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas actividades, é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados, nos termos dos artigos seguintes*” — os itálicos são meus.

São assim múltiplos no direito português os exemplos legislativos de consagração de situações de *presunção de culpa*, *inversão do ónus da prova* ou, noutro plano, de utilização de *presunções judiciais* para *facilitar a prova* dos factos aos sujeitos onerados.

Em todas estas situações — de origem legal ou alcançadas por meio da convocação de *presunções judiciais*, precisamente porque estão em causa assimetrias informativas, áreas de risco, etc. —, estão subjacentes certos interesses indeclináveis e de particular importância, tais como: a proximidade das provas, a aplicação e proteção dos direitos fundamentais das partes, a ideia de proteção social, a posição do demandado ligada à preservação do acervo e a paz jurídica, a prevenção de processos judiciais, a igualdade de armas das partes, a exigência de criar e obter provas, bem como a proteção geral do tráfego jurídico<sup>33</sup>.

**IX** — Em suma, partindo do sistema jurídico processual civil brasileiro o Doutor Vítor Luís de Almeida confrontou-se, não apenas com as alterações introduzidas no CPC brasileiro de 2015 — especialmente no seu art. 373º —, mas também com o sistema processual civil português, aqui onde não existe uma única regra geral de distribuição do ónus da prova: estão tais regras previstas na lei (Código Civil, outros códigos e leis avulsas) e a própria lei estatui várias *presunções legais*, *soluções de equidade*, *regras especiais* e *situações de inversão do ónus da prova*.

---

<sup>33</sup> Hanns Prütting, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6ª ed., 2020, cit., § 286, anotação à margem nº 121.

Não se esqueça que, nos termos do art. 607º, nº 4, do CPC português, “na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas (...) *extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência*” — o itálico é meu.

Assim se descortinam as dificuldades jurídica-dogmáticas e de regime jurídico — neste (des)encontro de sistemas luso brasileiros — com que o Doutor Vítor Luís de Almeida se confrontou nesta monografia, as quais o Autor plenamente superou através de uma rigorosa análise das fontes jurídicas positivas e da doutrina pertinente.

Trata-se, por conseguinte, de um texto que, para além do quase exaustivo enquadramento dogmático das matérias analisadas se reveste de um enorme interesse prático, sobretudo para os juristas brasileiros, indo certamente contribuir para uma melhor compreensão e para uma mais adequada aplicação do disposto no art. 373º do Código de Processo Civil brasileiro, sobretudo o seu § 1º, em benefício de todos aqueles que — em particular, juízes e advogados — frequentemente se confrontam com esta concreta expressão da “dinamização do ónus da prova” ou das “cargas probatórias dinâmicas” nos litígios que lhes cabe apresentar ou apreciar em juízo.

Coimbra, fevereiro de 2021.

*J. P. Remédio Marques*  
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra,  
Titular de Direito Civil, Processo Civil  
e Propriedade Industrial



---

## Apresentação

A presente obra se consubstancia em uma adaptação de minha tese de Doutorado em Ciências Jurídico-Processuais, cursado e defendido perante a Faculdade de Direito da tradicional e secular Universidade de Coimbra (fundada em 1290), originalmente intitulada “Ativismo judicial na dinamização do ônus da prova e sua contraposição à imparcialidade do julgador: uma aplicação do sistema processual cooperativo no processo civil brasileiro”.

A defesa da tese, da qual resultou uma aprovação com distinção, segundo as normas regentes, foi realizada perante o júri presidido pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sendo orientada pelo Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques, também docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O júri foi ainda composto pela Professora Doutora Ana Paula Mota da Costa e Silva, catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; pelo Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; pela Professora Doutora Maria Rita Camarate de Campos Lynce de Faria, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; e pelas Professoras Doutoradas Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende e Lucinda Maria Duarte Dias da Silva, ambas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Impende ressaltar que todos os componentes do júri apresentaram valiosas e imprescindíveis contribuições com relação à pesquisa, as quais foram observadas quando da adaptação para publicação.

Em que pese a experiência profissional que possuo no que se refere à atividade judicante, especialmente em razão de já exercer a

magistratura, há anos, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, registre-se que a presente obra é fruto de uma pesquisa científica, realizada de forma imparcial, abordando e analisando doutrina, jurisprudência e ordenamentos jurídicos de diversos países. Não obstante, a ênfase maior do trabalho refere-se ao sistema brasileiro, especialmente considerando-se o novo paradigma surgido com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Em mais de uma década no exercício da magistratura, deparei-me com incontáveis processos, envolvendo questões das mais simples às mais complexas, referentes à maior parte dos ramos das ciências jurídicas. Nesse ínterim, sempre me chamou muito a atenção a questão probatória, especialmente do ônus da prova e a atuação do magistrado, perante o caso concreto, o qual deve sempre procurar atingir a verdade para realização da justiça sem, no entanto, afastar-se de sua imprescindível imparcialidade.

O desenvolvimento de um sistema processual cooperativo exigiu que o magistrado do século XXI já não pudesse permanecer totalmente inerte, atuando como a “boca da lei” explanada por Montesquieu. Não obstante, ao exercer o ativismo judicial, o julgador não pode, jamais, quebrar a paridade de armas existente entre as partes na relação processual, frente ao Estado Juiz.

O problema proposto à presente pesquisa foi, portanto, identificar se seria justa a atuação ativista do magistrado ao proceder a dinamização do ônus da prova e, em caso positivo, como deveria ser realizada essa atuação, com fins à preservação do princípio da imparcialidade.

A aplicação concreta do ativismo judicial na dinamização do ônus da prova, no Brasil, tem sido reiterada. Por consequência, divergências jurisprudenciais e doutrinárias começaram a apresentar-se, de forma efetiva, o que também justificou o interesse pelo desenvolvimento da pesquisa, na tentativa de se apresentar uma solução viável à problematização proposta.

A tese foi desenvolvida em oito capítulos, além da introdução e conclusão, na qual, após a análise de todo o conteúdo da pesquisa, procurou-se atingir algumas respostas, que não se apresentam como incontestáveis, mas que podem contribuir para a solução da mencionada antinomia, sobretudo no novo ordenamento jurídico-processual brasileiro, inserido no sistema cooperativo.

Uma pequena contribuição doutrinária que se pretendeu prestar à contínua evolução do Direito, com fins a fomentar o desenvolvimento

de consultas acadêmicas e profissionais, bem como subsidiar debates e apreciações jurídicas quando de sua ocorrência em casos concretos.

*O autor*



Trata-se, por conseguinte, de um texto que, para além do enquadramento dogmático das matérias analisadas se reveste de um enorme interesse prático, sobretudo para os juristas brasileiros, indo certamente contribuir para uma melhor compreensão e para uma mais adequada aplicação do disposto no art. 373 do Código de Processo Civil brasileiro, sobretudo o seu § 1º, em benefício de todos aqueles que — em particular, juízes e advogados — frequentemente se confrontam com esta concreta expressão da “dinamização do ônus da prova” ou das “cargas probatórias dinâmicas” nos litígios que lhes cabe apresentar ou apreciar em juízo.”

**J. P. REMÉDIO MARQUES**

