

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA

ESCOLA DE LISBOA

2º CICLO DE ESTUDOS – 2012/2013

MESTRADO JURÍDICO FORENSE – ÁREA CIVIL E PENAL



**UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA**

**A INVERSÃO DO ÓNUS DA PROVA, NO CASO DE NÃO
COLABORAÇÃO DE UMA DAS PARTES**

ANA CRISTINA DO AMARAL PATRÍCIO

ORIENTADORA: MESTRE RITA LYNCE DE FARIA

27 DE ABRIL DE 2013

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
ESCOLA DE LISBOA
2º CICLO DE ESTUDOS – 2012/2013
MESTRADO JURÍDICO FORENSE – ÁREA CIVIL E PENAL**



**UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA**

**A INVERSÃO DO ÓNUS DA PROVA, NO CASO DE NÃO
COLABORAÇÃO DE UMA DAS PARTES**

**ANA CRISTINA DO AMARAL PATRÍCIO
ORIENTADORA: MESTRE RITA LYNCE DE FARIA
27 DE ABRIL DE 2013**

*À memória do meu Avô,
Fernando Amaral,
Advogado,
Que na sua longa carreira
Nunca se esqueceu
Que a justiça é o fim último do Processo.*

ÍNDICE

Modo de Citar e outras Convenções.....	5
Lista de Abreviaturas.....	6
I – Introdução.....	7
II – O Ónus da Prova: Contexto.....	8
2.1 – As Regras de Repartição do Ónus da Prova.....	8
2.2 – Os Critérios Doutrinários para a Distribuição do Ónus da Prova.....	9
III – A Inversão do Ónus da Prova: Considerações Gerais.....	13
3.1 – Razões Justificativas da Inversão.....	13
3.2 – O art. 344º do CC, Uma enumeração taxativa.....	17
IV – O art. 344º, nº2 do CC, um caso de inversão do Ónus da Prova.....	19
4.1 – A ratio legis.....	19
4.2 – O Requisito da Culpa.....	22
4.3 – O Requisito da Impossibilidade da Prova.....	26
4.4 – Cumulação de Sanções com Efeitos Probatórios e Outras.....	31
V – O art. 344º, nº 2 do CC e o Princípio da Cooperação.....	33
VI – O art. 344º, nº 2 do CC: Estudo Jurisprudencial.....	41
6.1 – A Recusa da Submissão a Exame Hematológico.....	41
6.2 – O Requisito da Impossibilidade da Prova.....	45
6.3 – Cumulação de Sanções para Efeitos Probatórios e Outras.....	50
6.4 – O Ónus da Prova e o Ónus de Conservação dos Meios de Prova (da Parte).....	57
VII – Conclusões.....	59
Bibliografia.....	65
Índice Jurisprudencial.....	68

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

As citações ao longo do texto são feitas com indicação do nome do autor pelo qual é conhecido, do título da obra e dos números de páginas para que se remete, aos quais acrescem a edição e os volumes citados.

Na bibliografia final encontram-se todas as obras citadas no texto, indicadas pelo nome do autor, pelo título completo, pela edição e editor, bem como pelo local de edição sempre que conhecido e pelo ano de publicação.

As obras são indicadas por ordem alfabética do último apelido do autor, ou do primeiro autor, no caso de obras colectivas.

As citações de jurisprudência no texto, são feitas pela indicação do tribunal, da data do acórdão, número do Processo e nome do relator.

Todas as decisões dos Tribunais, citadas no texto, são indicadas na bibliografia, sob o título “Índice jurisprudencial”, por ordem cronológica, com indicação da data e número do Processo.

A jurisprudência citada, sem indicação do local, encontra-se disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Todas as abreviaturas utilizadas no texto encontram-se devidamente identificadas na lista de abreviaturas.

A Autora escreve segundo a antiga ortografia, sem ter aderido ao Acordo Ortográfico, em vigor em Portugal, à data.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – acórdão

arts./art. – artigos/artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CCJ – Código das Custas Processuais

Cfr./cfr. – Confrontar

CJ – Colectânea de Jurisprudência

coord. – Obra coordenada por

CPC – Código Processo Civil, 1996 com a redacção actualmente em vigor

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei n.º

DR – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

ed. – Edição

MºPº/MP – Ministério Público

p./pp. – página/páginas

prgf. - parágrafo

Proc. – Processo

Reg.Custas – Regime de Custas Processuais

TC –Tribunal Constitucional

V.g. – Por exemplo

vol. – volume

ss. - seguintes

I – INTRODUÇÃO

No âmbito do processo, verificam-se situações em que uma das partes é impedida de fazer prova, por falta de meios que lhe são negados pela parte contrária. Até que ponto os direitos da parte onerada com a prova, devem prevalecer sobre os direitos da parte não colaborante, é uma questão do maior interesse para o fim último do processo, a prossecução da justiça.

O presente estudo visa a análise de um dos casos de inversão do ónus da prova, o do art. 344º nº 2 do CC. São, segundo RITA LYNCE DE FARIA, necessários cumulativamente dois requisitos, para aplicação desta cominação (inversão do ónus da prova): uma impossibilidade de produção de prova por parte do onerado, e que essa impossibilidade tenha resultado de um comportamento culposos da outra parte, não determinando a recusa de colaboração a inversão do ónus da prova de forma automática.

LOPES DO REGO¹ alerta igualmente para a necessidade de relação causa efeito entre a conduta culposa da parte não colaborante e a impossibilidade de descoberta da verdade, para a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344º nº2 CC, assim como para a necessidade de notificação do faltoso com essa cominação.

No entanto, surgem algumas dúvidas no que se refere ao preenchimento dos requisitos (subjectivo e objectivo) para a aplicação desta norma (art. 344º nº 2 CC), às quais se procurará, no seio do presente trabalho responder, apresentado para o efeito, as divergências entre doutrina e jurisprudência, e de entre elas tomar posição.

De entre tais questões, pela sua importância, destacam-se: Saber se para a aplicação da sanção em causa, é necessária a verificação de dolo da parte não colaborante, ou basta a mera negligência; saber se é necessária a constatação de impossibilidade de prova para a parte onerada com o seu ónus, ou se é bastante a dificuldade na sua produção. Há ainda que apurar qual o conceito de impossibilidade para o efeito da aplicação da dita inversão; assim como determinar se também quanto à parte sancionada com a inversão do ónus da prova, será legítima a aplicação de outras sanções para a falta de cooperação. A par destas, surgem outras questões paralelas, que constituem requisitos complementares da aplicação da sanção do art. 344º nº2 CC.

A importância do apuramento das condições de aplicação desta norma é grande, dado que, com a inversão do ónus da prova no caso do art. 344º, nº2, se pretende a protecção do princípio da cooperação processual, e sancionamento das condutas com ele desconformes.

¹ Cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Amedina, Coimbra, 2004, p. 455

II – O ÓNUS DA PROVA: CONTEXTO

2.1 – AS REGRAS DE REPARTIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA

As regras que estabelecem os critérios sobre a repartição do ónus da prova estão fundamentalmente no CC, arts. 342º e ss.. O critério geral de repartição do ónus da prova, consagrado na lei, visa resolver a dúvida, contra quem o facto aproveitaria. Esta parte tem de provar o facto, se não quiser que o Tribunal julgue contra si, o que constitui um eficaz incentivo para a iniciativa e diligência da parte onerada.

Ao demandado cabe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 493º CPC), enquanto ao autor não cabe provar que o seu direito não está impedido, modificado ou extinto por qualquer obstáculo ou causa modificativa ou extintiva, prova que poderia ser extremamente difícil ou impossível. Além disso, tal esquema resultaria numa pré-resolução do litígio, sem que à parte fosse dada oportunidade de defesa, e estando o conflito como que predestinado a ser resolvido contra o autor.

Ora cabe assim questionar se, facto constitutivo do direito do autor, numa acção de condenação fundada no incumprimento, será a celebração de um negócio perfeitamente válido, devendo o autor provar, além da realização deste, a inexistência de vícios. Esta solução não faria sentido, pois poderia impossibilitar ao autor a prova do seu direito e consequentemente o seu exercício, colidindo com *a ratio* das normas sobre o ónus da prova, no sentido de assegurar uma justa repartição do ónus probatório e eficaz alcance da verdade material.

No Direito Português, o ponto de referência para a repartição do ónus da prova será o direito que estará em discussão em juízo, e não as posições que as partes ocupam em litígio². Utilizando o ponto de referência em que a lei se baseia, há que ver que ela distingue, por um lado, os factos constitutivos do direito invocado, e por outro lado, os factos impeditivos, modificativos e extintivos do direito (art. 493º CPC). É a lógica de saber no fundo, e como já acima se disse, a quem é que os factos aproveitam.

Na defesa por excepção, o demandado não nega os factos que baseiam o direito do autor, deduzindo antes factos novos, impeditivos, modificativos, ou extintivos desse direito. Factos impeditivos são os que se opõem a que o direito do autor tenha eficazmente surgido, (ex. incapacidade, simulação, erro, dolo, coacção etc.). São também impeditivos, segundo MANUEL DE ANDRADE, ao menos parcialmente, os factos que retardem o nascimento desse direito, como a condição suspensiva, ou a sua exercibilidade, bem como o termo dilatatório,

² Não releva, desta forma, se a parte é autora ou réu, mas o direito que está a ser exercido em juízo, tanto pelo autor como pelo réu, nos casos por exemplo de reconvenção.

desde que se admita aqui a existência de autênticas exceções, e não apenas mera negação indirecta dos factos constitutivos invocados pelo autor ³.

Factos extintivos são os que determinam a extinção do direito do autor, pressupondo que este surgiu validamente (ex.: condição resolutiva, pagamento, novação, compensação, prescrição, ect..). Factos modificativos são os que modificaram o direito do autor que validamente se tenha constituído (ex.: mudança de local de uma servidão, concentração de objecto da prestação, moratória concedida ao devedor). Há no entanto quem considere que os factos modificativos não deverão ser autonomizados face aos factos extintivos (pois extinguem em parte o direito do autor), ou impeditivos, como a moratória.⁴

As provas produzidas em juízo ou facultadas no processo podem não ser conclusivas, ou ser insuficientes, deixando o Tribunal numa situação de dúvida insanável. No entanto, a ordem jurídica portuguesa não permite que o Tribunal deixe de conhecer a questão de mérito com tal justificação (ar. 8º CC e 3º Est. Trib. Judic). Nas palavras de Artur ANSELMO DE CASTRO, «Ao “*non liquet*” no domínio dos factos, corresponde ou deverá sempre corresponder um “*liquet*” jurídico»⁵.

Qual então o critério para saber contra quem o Tribunal irá julgar a matéria de facto?

2.2 – OS CRITÉRIOS DOUTRINÁRIOS PARA A DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA

Segundo VAZ SERRA⁶, há que atender ao critério da normalidade. Ora normalmente não há obstáculos à constituição dos direitos, nem causas que os onerem ou extingam, devendo ao autor cometer-se apenas a prova da constituição do seu direito, isto é, a prova do que é normal (ex., capacidade, mútuo consenso, possibilidade do objecto do negócio jurídico em que se funda o seu direito). Segundo esta concepção, cabe ao demandado a prova do que é anormal, das causas que se opõem, extinguem, modificam ou impedem o direito invocado (ex., a incapacidade, a falta de mútuo consenso, a impossibilidade do objecto). Acrescenta VAZ SERRA que o autor se veria em dificuldades para provar a falta do que é normal, podendo o

³ Isto é, afirmação de que as coisas ocorreram de modo parcialmente diferente e com outro alcance jurídico, como acontece, por exemplo, se o réu afirma ter recebido como doação o que o autor assevera ter-lhe emprestado. Nesse caso estaríamos não perante uma exceção mas uma impugnação.

⁴ Nuno Manuel Pinto de Oliveira em *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 116, alerta para que, no seu entender, a categoria dos factos modificativos não merece um tratamento autónomo, pois estes “*são tratados como impeditivos ou extintivos consoante o sentido da modificação*”. Continua Nuno Manuel Pinto de Oliveira, “*Os seguintes dois exemplos clarificarão seguramente a ideia exposta: no caso de concentração do objecto da prestação, por extinção parcial do género (cf. Art. 541º do Cód. Civ.), o facto modificativo acaba por extinguir, em parte, o direito do autor – e, por isso, deve ser tratado como facto extintivo; na hipótese de o credor conceder uma moratória ao devedor, o facto modificativo acaba por obstar à eficácia do direito do autor – e por isso, deve ser considerado como um facto impeditivo.*”

⁵ Cfr. Anselmo de Castro, *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 114

⁶ Cfr. Vaz Serra, *Provas : direito probatório material*, Lisboa, 1962, p. 70

demandado com certa facilidade, produzir tal prova. Daí a razoabilidade do estabelecimento de “*uma espécie de presunção da existência*”⁷ dos factos ou condições que normalmente se verificam.

Todavia, é de notar que tal critério não solucionará questões mais complexas, por se verificar uma dificuldade de qualificação dos factos, de acordo com as categorias supra enunciadas (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Esta dificuldade deve-se à necessidade de uma análise dos factos em concreto, consoante a posição das partes na relação material.

Devido a esta necessidade de análise dos factos em concreto, e em função da relação material em juízo, não se pode considerar que existam temas probatórios fixos, ou seja, factos cuja prova deva caber sempre a certos sujeitos processuais. Tal deve-se também à ligação entre as normas de direito substantivo e o ónus da prova, na medida em que será por via da interpretação da lei, que a distribuição do encargo probatório se deverá concretizar (note-se, consoante a teoria das normas de ROSENBERG). Ora, devido à dificuldade de caracterização, na prática, dos factos como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, a doutrina criou vários mecanismos de auxílio nesta qualificação⁸.

Neste âmbito, o critério criado por ROSENBERG teve, e ainda tem, adesão em Portugal. Segundo este critério, as normas jurídicas são compostas por uma previsão e uma estatuição. O Tribunal, para aplicar a estatuição, tem de considerar preenchidos os pressupostos da previsão da norma. Não estando provados todos os factos que integram a previsão da norma, o Tribunal não poderá aplicar a estatuição. Assim, vai recair o ónus da prova dos factos exigidos na previsão da norma, àquele a quem aproveitará a sua estatuição, o que se coaduna com a linha de raciocínio que até aqui se tem vindo a defender. Concluindo, terá de se atender à norma de direito substantivo que se pretende aplicar, e à posição das partes em juízo em relação a essa norma, tendo em conta o efeito jurídico que cada parte pretende obter^{9 10}.

Esta teoria não é aceite por vários outros autores, “ (...) *entre os quais Micheli, para quem a regra do ónus da prova, em vez de considerar-se inerente ao direito material, ser-lhe-*

⁷ Cfr. Vaz Serra, *Provas : direito probatório material*, Lisboa, 1962, p. 70

⁸ Veja-se, sobre os vários critérios que podem ser utilizados, embora destacando-se inúmeras insuficiências quando comparados com o critério da teoria da norma, Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 pp. 27 e ss.

⁹ Cfr. Rita Lynce, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001, p. 29

¹⁰ O que resulta em que ao autor caiba o ónus de provar os factos que integram a previsão da norma que acolhe a sua pretensão, enquanto o réu terá o ónus de provar os factos que integram a previsão da norma que acolhe a sua excepção.

ia externa, própria do direito processual.”¹¹. Assim, não haveria que distinguir-se entre normas constitutivas, impeditivas, modificativas ou extintivas no que diz respeito ao direito substantivo, e apenas tendo em conta a dialéctica do processo se poderia distinguir as normas constitutivas das impeditivas e repartir-se o ónus da prova.¹²

MICHELI defende que olhando apenas para o direito privado, não se encontram normas impeditivas. Estas não têm autonomia em relação às normas constitutivas, salvo quando a lei diga o contrário. É por isso, por conta do autor, que correrá o risco da dúvida sobre a constituição do direito¹³. Já para ROSENBERG, são impeditivas (constituem excepção) as normas que determinam a invalidade do negócio, e é à parte da relação jurídica material que quiser invocá-las, que compete a prova (seja réu ou autor da acção).¹⁴

ANSELMO DE CASTRO perfilha a teoria das normas de ROSENBERG, justificando que MICHELI não poderá escapar a uma distribuição do ónus da prova firmada na norma a aplicar. Assim, a ver do autor português, “A dificuldade não foi resolvida, apenas deslocada para posterior momento.”¹⁵. Acrescenta ANSELMO DE CASTRO, que na mesma disposição legal em que o legislador diz qual a estatuição correspondente a certo pressuposto, pode igualmente prever que as coisas se possam ter passado de maneira diferente. Este segundo momento será outra norma, não obstante parte de um mesmo enunciado legal.¹⁶

Também ineficaz para regular a distribuição do ónus da prova de modo abstracto, é o critério de CHIOVENDA, o critério da especificidade, que distingue entre condições específicas e gerais da existência uma relação jurídica¹⁷. Assim, a prova das condições específicas de uma relação jurídica (as condições essenciais à sua existência, como o contrato, o preço etc.), correria a cargo do demandante, enquanto a prova das gerais, comuns a outros negócios jurídicos, se bem que na sua expressão negativa (a falta de capacidade, os vícios da vontade etc.), haveria de ser suportada pelo demandado. Em suma, as condições específicas coincidiriam com os elementos constitutivos do facto e as gerais com os impeditivos.¹⁸

¹¹ Cfr. Anselmo de Castro, *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 124

¹² Cfr. Anselmo de Castro, *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, pp. 24 e 25

¹³ Cfr. Anselmo de Castro *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 126

¹⁴ Cfr. Anselmo de Castro *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 127.

¹⁵ Cfr. Anselmo de Castro, *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 128

¹⁶ Cfr. Anselmo de Castro, *Lições de processo civil*, vol. IV, coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra, Atlântida, 1969, pp. 127 e 128

¹⁷ Em outro sentido, entre “*causa efficiens*” e “*conditio sine qua non*” de um determinado efeito jurídico.

¹⁸ Cfr. Nicolás Cabezedo “la regla de juicio de la carga de prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del poder judicial*, Madrid, 3, Época n.52 (Quarto Trimestre 1998), pp. 258 e 259 [241-279]

Manifesta-se igualmente insuficiente o critério da normalidade que acima associámos a VAZ SERRA, também enunciado por CHIOVENDA e seguido por ROSENBERG e ECHANDIA. Também pouco eficazes surgem os critérios da lógica e da natureza das coisas, que se aproximam bastante do da normalidade, assim como o critério do estado possessório (que se explicará adiante).

Face a esta insuficiência, tem-se argumentado com o princípio da justiça distributiva, com dimensão constitucional e conexão com a tutela jurisdicional efectiva, e também com o princípio da igualdade e direito de defesa. Tais princípios constitucionais libertariam o demandante, do excessivo encargo de provar a existência de cada um dos elementos necessários para o nascimento do seu direito, sendo que àquele só deveria exigir-se a prova das condições específicas ou normais. A cargo do demandado ficaria a prova das condições gerais ou anormais. Segundo ECHANDIA, os critérios previamente enumerados, serviriam como guias de uma política legislativa, não para resolver o problema do ónus da prova.¹⁹

Já para NICOLÁS CABEZUDO, o critério para a repartição pelas partes do ónus da prova, seria a própria relação jurídica deduzida no processo, “ (...) *delimitada pela hipótese legal acolhida nas normas que em defesa das suas posições invocam os litigantes e a atitude processual que reciprocamente manifestam as partes.*”²⁰ O problema suscitava-se, para este autor, na interpretação da hipótese legal, opinando que a lei proporciona critérios de repartição, quando regula os pressupostos de facto de determinada consequência legal. Tal acontece quando o ordenamento pronuncia directamente normas sobre o ónus da prova²¹. Mas o que sucede então, nas restantes hipóteses, tendo em conta a insuficiência da regra geral?

Na perspectiva de NICOLÁS CABEZUDO fala-se de uma interacção das partes para definir o ónus da prova, isto é, quando o demandado, por exemplo, se limita a negar as afirmações do autor, alega um facto impeditivo ou formula uma reconvenção, não só fixa a carga probatória a que se vê obrigado, como ao mesmo tempo, condiciona o encargo probatório da contraparte.²²

É ainda relevante atender ao princípio do queixoso, que exprime uma tendência do direito ou da distribuição do ónus da prova, para favorecer a conservação de certo estado jurídico em detrimento da sua alteração. Segundo PEDRO MÚRIAS, «(...) *Beckh parte da acção que tenha por objecto uma pretensão (...). Esta situação é “um estado possessório (...)*”,

¹⁹ Cfr. Nicolás Cabezudo “la regla de juicio de la carga de prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del poder judicial, Madrid*, 3, Época n.52 (Quarto Trimestre 1998), pp. 259 e 260 [241-279]

²⁰ Cfr. Nicolás Cabezudo “la regla de juicio de la carga de prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del poder judicial, Madrid*, 3, Época n.52 (Quarto Trimestre 1998), p. 261 [241-279]

²¹ Cfr. Nicolás Cabezudo “la regla de juicio de la carga de prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del poder judicial, Madrid*, 3, Época n.52 (Quarto Trimestre 1998), p. 263 [241-279]

²² Cfr. Nicolás Cabezudo, “la regla de juicio de la carga de prueba y su inversión en el proceso civil”, *Revista del poder judicial, Madrid*, 3, Época n.52 (Quarto Trimestre 1998), p. 264 [241-279]

incluindo qualquer permissão cujo beneficiário esteja de facto em condições de exercer. (...) Se a tutela possessória fosse negada quando o possuidor não pudesse provar, em certo momento, o bem fundado da sua posse, teríamos uma disputa sem fim, contrária à própria existência de um ordenamento jurídico. (...) “tem de ser o agressor o onerado com a prova”.»²³. Continua o mesmo autor “*Está sempre em causa saber qual das partes está na acção como possuidor ou agressor em atenção ao direito que se discute.*”.

ROSENBERG não contraria a ideia de tutela do “estado possessório”, mas não a acolhe por deixar por explicar muitos dos casos difíceis, e não explicar o regime das normas impeditivas. No entanto, a vantagem da teoria de BECKH, e que a coloca em segundo plano face a ROSENBERG, é o facto de se apresentar como um princípio sem ambição de solucionar todos os problemas. Outros autores vêem ainda o princípio do agressor como o motivo da regulação legal do ónus da prova²⁴.

Ainda no que se refere à distribuição do ónus da prova numa óptica de manutenção do *status quo*, a sua perturbação representa uma fraca justificação para prejudicar os autores segundo KEVIN M. CLERMONT & EMILY SHERWIN²⁵.

Refere VAZ SERRA²⁶ que a formulação de princípios gerais nesta matéria é difícil dada a frequente complexidade das situações sujeitas a decisão judicial. Por isso há quem entenda dever renunciar-se à formulação legal, confiando ao juiz a repartição do ónus da prova, de acordo com o que julgue razoável. Afigura-se todavia preferível que a lei estabeleça princípios gerais orientadores, pois entregar a solução ao arbítrio do juiz seria contrário à segurança jurídica. Quando os princípios legais não resolvam o problema em alguma hipótese concreta, a solução caberá ao juiz, de harmonia com a regra de que o preenchimento das lacunas gerais compete ao julgador, como se fosse legislador e, adoptando a solução mais razoável.

III – A INVERSÃO DO ÓNUS DA PROVA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

3.1 – RAZÕES JUSTIFICATIVAS DA INVERSÃO

A inversão do ónus da prova, que pode acontecer por se verificarem diversas causas que se encontram discriminadas no art. 344º do CC, ocorre, umas vezes, porque é a lei que cria

²³ Cfr. Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: LEX, 2000, p. 107

²⁴ Cfr. Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: LEX, 2000, p. 108

²⁵ Cfr. Kevin M Clermont & Emily Sherwin, “A comparative view of standards of proof”, *The american journal of comparative law*, v.50n.2(Spring2002), Berkeley p. 267 [243-276], “*there is no general reason to prefer one side of civil litigation to the other. In criminal cases, a high standard of proof reflects the view that punishment of innocent defendants is a heavy cost, one that outweighs the cost of letting some guilty defendants go free. But in civil cases, harm to one party is as weighty as harm to the other (...) Disruption of the status quo provides at best a weak justification for prejudicing plaintiffs. Indeed, because identifying the status quo is notoriously difficult, that justification is almost weightless. (...).*”.

²⁶ Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, p. 63

presunções²⁷, ou é a lei que liberta o demandado do ónus da prova relativamente a um facto, sendo que noutras ainda, essa inversão resulta de convenção celebrada entre as partes. Pode igualmente, neste contexto, verificar-se a situação alvo de estudo, em virtude de a parte contrária, ter culposamente impossibilitado a prova a realizar pela parte onerada, quanto a certo facto.²⁸ Note-se, como referem PAOLO CENDON e PATRIZIA ZIVIZ²⁹, que cada vez mais se entende o conjunto de casos de inversão do ónus da prova como todo um grupo, cuja grande característica é a de todos os casos incluídos, visarem alterar a distribuição do ónus probatório, em situações em que, segundo a aplicação das regras gerais, o desfecho da acção parecia predestinado. O art. 344ºnº2 CC não é excepção, pois é requisito para a inversão do ónus da prova, que a parte não colaborante impossibilite a prova da pretensão da parte onerada, pelo que também aqui o desfecho da acção estaria predeterminado.

Comum também a todos os casos de inversão é a necessidade de apoio à parte com dificuldade no momento do julgamento, sendo a inversão introduzida para proporcionar maior equilíbrio ao processo³⁰. Para os mesmos autores, também não se poderá recorrer, para justificar todos os casos de inversão do ónus da prova, à sua qualificação como mecanismo através do qual se pretende colocar a prova a cargo da parte, em melhores condições para fornecê-la. Tal não daria conta do fenómeno no seu todo, dado que muitos são os casos em que uma das partes apresenta maior proximidade com a prova, não obstante o ónus probatório estar a cargo da outra³¹. Assim, em certos casos, o legislador poderá querer através da inversão, favorecer determinados interesses de vários tipos, como a celeridade do processo e a busca da verdade material.³²

Neste contexto, RITA LYNCE DE FARIA³³ divide as razões que justificam os casos em que o legislador inverteu o ónus da prova em dois grupos. No primeiro grupo, em razões de ordem particular e tutela de certas situações subjectivas, e no segundo grupo têm lugar, razões de natureza pública, visando-se o alcance de uma mais eficaz prossecução da justiça pela função

²⁷ As presunções judiciais são um fenómeno por trás do qual espreitam muitas armadilhas e perigos, no entanto inevitável, dada a tendência do espírito humano para a economia em matéria de pesquisa e consulta, cfr. Giovanni Verde; “L’inversione degli oneri probatori nel processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3 (Settembre1992),p. 720 [715-731]

²⁸ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 185

²⁹ Cfr. Paolo Cendon et Patrizia Ziviz, “L’ inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3(Settembre 1992), p. 763 [757-796]

³⁰ Cfr. Paolo Cendon et Patrizia Ziviz, “L’ inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3(Settembre 1992), p. 768 [757-796]

³¹ Cfr. Paolo Cendon et Patrizia Ziviz, “L’ inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3(Settembre 1992), p. 767 e 768 [757-796]

³² Cfr. Paolo Cendon et Patrizia Ziviz, “L’ inversione dell’onere della prova nel diritto civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3(Settembre 1992), p. 796 [757-796]

³³ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 59

judicial. Como motivos de ordem particular, destacou-se para o legislador, a grande dificuldade para, de acordo com as regras gerais de repartição do ónus da prova, a parte onerada efectuar a prova de determinado facto, estando a sua realização ao alcance da outra parte no processo. Tal ocorre por exemplo quando os factos constitutivos do direito do autor ou do réu sejam factos negativos. É este o motivo que justifica o nº1 do art. 343º do CC, assim como algumas presunções de factos negativos.

No entanto, nem sempre se poderá dizer que a prova dos factos negativos é mais difícil que a dos factos positivos, tudo dependendo do caso concreto e do facto a considerar³⁴. São explicáveis pela dificuldade de prova, inversões como a do art. 799º do CC (a presunção de culpa do devedor). Está em causa a prova por uma das partes, da existência de um determinado estado psicológico da contraparte. Assim sendo, será mais fácil para o réu, provar que agiu sem culpa, do que ao autor provar o estado subjectivo daquele. O mesmo motivo fundamenta outras presunções de culpa, nomeadamente no âmbito da responsabilidade contratual como é o caso dos arts. 491º, 492º e 493º CC.

Na situação em análise neste trabalho (art. 344º, nº 2 CC), a inversão do ónus da prova funciona como uma espécie de sanção a aplicar a uma das partes, que através de conduta culposa, impossibilita à parte normalmente onerada, a prova a realizar. Como mais à frente se mostrará neste trabalho, a *ratio legis* desta inversão, passa tanto por fundamentos de natureza particular, como por fundamentos de natureza pública. Os primeiros justificam-se na medida em que se considera que, de acordo com as regras da experiência, uma parte que impossibilita à outra a utilização de determinado meio de prova, terá medo do resultado do mesmo, por lhe ser desfavorável. Também não seria justo que a parte onerada se visse impossibilitada de provar a sua pretensão por facto que não lhe é imputável.

Por outro lado, os fundamentos de natureza pública centram-se na necessidade de assegurar um processo equitativo, em que as partes possam ter as devidas oportunidades para fazer valer os seus direitos em júízo. Tal não seria possível se fosse permitido que, sem consequências desfavoráveis, uma das partes pudesse frustrar o recurso da outra, a meios de prova essenciais. Está pois em causa o direito de acesso à justiça, constitucionalmente consagrado, e concretizado, neste caso, na lei processual, por via do princípio da cooperação³⁵.

Assim sendo, a par com outros argumentos que serão desenvolvidos mais à frente no presente trabalho, considera-se que a sanção da inversão do ónus da prova, se aplicará não

³⁴ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 60

³⁵ Veja-se arts. 266º e 519º ambos do CPC.

apenas, como defende alguma doutrina, em caso de dolo da parte não cooperante, mas também em casos de negligência ou culpa dos auxiliares. De facto, além da situação objectiva, em que a parte impossibilitada de provar a sua pretensão, se encontra, há ainda que ponderar as razões de natureza pública por trás do preceito em estudo. A necessidade de se assegurar o acesso à justiça, faz com que, mesmo sobre a parte não onerada com a prova, impendam dois deveres. Dever de colaboração, não impedindo à contraparte o acesso a meios de prova essenciais, e dever de diligenciar pela conservação de potenciais meios de prova.

No limite, defendendo a posição de FREDIE DIDIER, (que considera que do princípio da cooperação se poderão retirar consequências directas, sem a necessidade de normas que o concretizem) se a parte faltar ao cumprimento de tais deveres (de conservação dos meios de prova), deverá ser sancionada pela prática de facto ilícito.

Noutros casos de inversão, pretende-se uma tutela da parte débil na relação jurídica, quer porque existe uma debilidade subjectiva de uma das partes que depende social ou economicamente da outra, quer devido a uma debilidade objectiva de uma das partes, em virtude da relação jurídica em que se encontra³⁶. A debilidade subjectiva justifica princípios como o *favor laboratoris*, que pode em certos casos conduzir à inversão do ónus da prova em favor do trabalhador. Por seu turno, a existência de um estado de debilidade objectiva pode conduzir à protecção do lesado numa acção de responsabilidade civil, parte objectivamente mais débil nesta relação jurídica.

Verifica-se ainda que certos casos de inversão do ónus da prova são motivados pela tutela de determinado estatuto, protegendo interesses privados. É o que acontece com as presunções em matéria de posse (art. 1260 n.º2 CC), através das quais se pretende facilitar a prova do respectivo estatuto e também alcançar objectivos relacionados com interesses públicos, como a simplificação das regras do comércio e a manutenção da paz jurídica³⁷.

Os interesses privados a salvaguardar com a inversão do ónus da prova, podem ainda referir-se à tutela de certo estado jurídico. São disso exemplos: O caso da presunção legal de paternidade, estabelecida em relação ao marido da mãe no período legal da concepção ou nascimento (art. 1826.º n.º1 do CC), e das presunções de paternidade consagradas pelo art. 1871.º n.º1 CC.

Quanto aos motivos de ordem pública, estes justificam-se pelo afastamento da necessidade de prova de certos factos, marcada pela sua dificuldade. Tal reduz os custos económicos e temporais do processo, evitando a perda de tempo em mecanismos probatórios

³⁶ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 61

³⁷ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 51 e 52

dos quais não se retira qualquer conclusão. Os mecanismos de inversão do ónus da prova, podem também conduzir a uma maior justiça e aproximação da verdade material.³⁸

MICHELE TARTUFO³⁹ questiona se os mesmos mecanismos não poderão direccionar o processo para uma decisão, pouco apoiada pela realização de uma investigação, que procure apurar a verdade dos factos. Parece pois preferível a este autor, uma decisão baseada na verdade factual, por comparação a uma que se funde numa reconstrução falsa ou incompleta dos factos.⁴⁰

Tal reconstrução incompleta aconteceria por exemplo, se a modificação ou a inversão do ónus da prova, isentasse uma parte da prova de um facto positivo e atribuísse à outra parte o ónus de uma prova difícil ou impossível, como a prova de um facto negativo indeterminado. Quanto ao risco de perder a acção por falta de prova, este mecanismo não o distribuiria entre as partes de forma residual, ou como último recurso para a falta de prova. Ao contrário, uma parte ficaria privada da realização da prova da sua pretensão ou defesa, excluindo-se “a prova real”, e predeterminando-se a sucumbência da parte onerada.

Assim, o facto de haver um critério de decisão, para resolver casos de falta de prova, não significa que o poder judicial não promova decisões baseadas em provas factuais. Esses critérios devem entrar em cena como um último recurso, e não *a priori*, como regras que podem predeterminar o desfecho da acção, ou a exclusão de provas^{41, 42}.

3.2. – O ART. 344º DO CC, UMA ENUMERAÇÃO TAXATIVA

Segundo RITA LYNCE DE FARIA, a integração do art. 344º nº1 CC apenas pode ser feita pela lei, quando esta crie outras situações de inversão do ónus da prova, além dos restantes

³⁸ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 62

³⁹ Cfr. Michele Tartufo, “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3 (Settembre1992), p. 752 [733-761]

⁴⁰ Ou segundo Giovanni Verde, estes mecanismos de inversão do ónus da prova mostram que a justiça civil, pelo menos no campo das situações disponíveis, se contenta com a mera prova dos fatos de acordo com procedimentos formalizados de aquisição para o processo. Cfr. Giovanni Verde; L'inversione degli oneri probatori nel processo, “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, Milano, a.46n.3 (Settembre1992), p. 727 [715-731]

⁴¹ Cfr. Michele Tartufo, “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3 (Settembre1992), p. 756 [733-761]

⁴² Cfr. Kevin M Clermont & Emily Sherwin, “A comparative view of standards of proof”, *The american journal of comparative law*, v.50n.2(Spring2002), Berkeley p. 267 [243-276] Também numa tentativa de explicar os mecanismos de inversão do ónus da prova, Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, “*The same high standard, coupled with rules and presumptions that sometimes shift the burden of proof, permits the law to choose between favouring defendants and favouring plaintiffs. The civil law’s use of its high standard of proof to influence the outcome of litigation might reflect a general hostility toward plaintiffs, who usually seem intent on disrupting the status quo, or might reflect a specific substantive policy of imposing liability on defendants, who could better shoulder the expense. Alternatively, on whomever the law imposes the burden, the high standard might reflect a desire to deter litigation overall and thereby minimize, its associated public and private costs, or might reflect the civil law’s historical desire to constrain the judiciary.*”

casos de inversão enumerados.⁴³ Para a mesma autora, estão fora do âmbito residual deste art. as situações em que a lei estabelece como desnecessária, a actividade probatória de uma das partes, dando o facto automaticamente como provado. Aqui, ao invés de uma inversão, o que se verifica é a não existência do ónus da prova e do risco de *non liquet*, pressuposto de funcionamento das regras de distribuição do encargo probatório.⁴⁴

Cabe perguntar por que motivo o legislador previu a inversão do ónus da prova relativamente às acções de simples apreciação negativa, devido à dificuldade de prova dos factos negativos, e não o fez nas restantes situações que exigem a prova deste tipo de factos. No entanto, não obstante a dificuldade de prova dos factos negativos indeterminados, que pode predeterminar o desfecho da acção e a incapacidade da parte fazer valer certos direitos, a verdade é que o legislador regulou expressamente a situação, remetendo o art. 344º CC para todos os casos em “que a lei o determine”. Ora a lei nada diz a respeito destes factos.

Esta norma constitui uma excepção aos critérios consagrados no art. 342º CC. Desta forma, a certeza e segurança do direito, ficariam lesadas se a doutrina e a jurisprudência livremente derogassem a lei, na sua aplicação ao caso concreto, ou através de interpretações correctivas. Além disso, o 343º do CC perderia o seu sentido útil.

Vedada estaria igualmente a aplicação analógica dos preceitos que invertem o ónus da prova a outras situações em que valha *a ratio* dos casos legalmente previstos. Primeiro por não se estar perante um caso omissivo, e em segundo lugar, porque a disposição do art. 344º constitui uma norma excepcional (não susceptível de aplicação analógica por via do art. 11º do CC)⁴⁵.

Recuando aos CPC's de 1939 e 1961, e analisando os preceitos nos mesmos consagrados, sobre o ónus da prova (os arts. 515º e 519º respectivamente), note-se que os factos cuja prova incumbe, por via destas regras de repartição, quer ao autor quer ao réu, são-no independentemente de constituírem factos positivos ou negativos. Assim o legislador terá querido expressamente marcar a necessidade de prova dos factos negativos, afastando a discussão sobre se estes têm de ser provados e a quem incumbe a prova.

Apesar de o art. 342º do CC não referir expressamente os factos negativos, este entendimento é unânime na doutrina, afastando-se o princípio *negativa non sunt probanda*,

⁴³Cfr. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 53

⁴⁴ Cfr. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 54

⁴⁵ Cfr. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 66

segundo o qual os factos negativos não têm de ser provados.⁴⁶ Poder-se-ia argumentar que não obstante a dificuldade da prova, basta a sua suficiência para formar a convicção do juiz, para dar o facto como provado, não sendo necessária a certeza absoluta sobre a sua verificação.

No entanto, a jurisprudência já inverteu o ónus da prova à margem das situações previstas, de forma explícita e também indirectamente, através do uso de presunções judiciais. Estas servem para a conclusão sobre a veracidade ou falsidade dos factos, não para a inversão do ónus da prova⁴⁷. Também MICHELE TARTUFO⁴⁸ alerta para que, mesmo que o legislador introduza regras de inversão, cuja justiça é questionável, fá-lo de forma geral e abstracta. Já o julgador, de forma hábil, pode tomar precauções de antemão, no que respeita à avaliação das provas no caso concreto, e através de presunções judiciais, inverter o ónus da prova de forma encoberta. Estas operações são realizadas pelos juízes, caso a caso e no momento da decisão, lesando assim o princípio da igualdade.

A modificação do ónus probatório pelo juiz torna evidente o risco de arbitrariedade e manipulação. Também o facto de o juiz ter desencadeado a favor de uma parte, uma presunção que inverta este ónus, conduz a violações sobre o direito de defesa e do contraditório.⁴⁹

IV – O ART. 344º N.º2: UM CASO DE INVERSÃO DO ÓNUS DA PROVA

4.1 – A RATIO LEGIS

Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº7371/2007-1, relatado por MARIA ROSÁRIO BARBOSA, de 19-02-2008, a respeito do art. 344º n.º2 do CC, «A *"inversão do ónus da prova"* surge, assim, como uma forma de sanção civil, punitiva de uma ilicitude civil, que, inclusive, pode revestir enquadramento penal, sob a tipificação dos crimes de desobediência ou de falsas declarações.»

Para fundamentar o princípio da inversão do ónus da prova, no caso de não colaboração de uma das partes, antes da sua consagração legal no CC, VAZ SERRA⁵⁰ recorria ao direito alemão, quando refere a aplicação analógica dos arts. 427º e 444º do CPC alemão, disposições semelhantes ao art. 553º do CPC de 1939.

⁴⁶ Cfr. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 66 e 67

⁴⁷ Cfr. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001 p. 69

⁴⁸ Cfr. Michele Tartufo, “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3 (Settembre1992), pp. 755 e 756 [733-761]

⁴⁹ No mesmo sentido Giovanni Verde; “L’inversione degli oneri probatori nel processo”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, a.46n.3 (Settembre1992), p. 725 [715-731]

⁵⁰ Cfr. Vaz Serra, *Provas : direito probatório material*, Lisboa, 1962, p. 100

Ora, o art. 553º do CPC de 1939 (e art. 549º do CPC de 1961), dispunha as consequências jurídicas para o caso de não colaboração da parte contrária, quando uma das partes requisitasse um documento em poder daquela. Segundo esta disposição legal, se após notificação, a parte a quem o documento fora requisitado, não o juntasse, nem fizesse qualquer declaração, ter-se-iam por exactos os factos que, por meio do documento, se pretendiam provar. O mesmo se aplicaria se o notificado confessasse possuir o documento e recusasse a sua junção, ou o notificado para a junção do documento, declarasse que este se encontrava em certa localização, ou em poder de terceiro, e tal não correspondesse à verdade.

Para explicar a *ratio* do nº 2 do art. 344º CC, tem interesse examinar a posição de VAZ SERRA, ainda que anterior à consagração da referida norma legal. Assim, já antes da criação deste preceito legal, se considerava a aplicação do princípio da inversão do ónus da prova, se esta fosse impossibilitada culposamente pela parte contrária.

Tal resultava em suma, de uma aplicação analógica do princípio consagrado no art. 553º do CPC de 1939, a propósito da recusa de apresentação de documentos. A sanção para esta recusa de colaboração, seria considerar os factos que se pretendiam provar, por meio do documento recusado, como provados. No entanto, a não apresentação de documentos, era tratada pelo art. 552º do CPC de 1939 (art. 548º do CPC de 1961), como um facto ilícito, pois o detentor do documento tinha o dever de o apresentar. Observando a conduta do detentor do documento, que recusava a sua apresentação, podia concluir-se que este receava o resultado da prova.

No entanto, se a conduta do detentor do documento fosse apenas negligente ou fruto de culpa dos auxiliares, tal justificação, apoiada na ideia de que a parte colaborante receava o resultado da prova, não procederia. Devia então fundar-se o princípio da inversão do ónus da prova, nos casos de não colaboração de uma das partes, no plano da razoabilidade e da justiça. Neste plano, não seria exigível à parte onerada com a prova do facto, o cumprimento do respectivo ónus.

Por outro lado, ainda nos casos em que a não colaboração da parte, se devesse a negligência ou culpa dos auxiliares, a assunção automática dos factos como provados, à semelhança do consagrado no *supra* referido art. 553º, consistiria na aplicação mecânica de uma regra desadequada. Esta desadequação justificava-se na medida em que não se poderia garantir, que a produção da prova impossibilitada, favorecesse a parte onerada. Assim a inversão do ónus da prova, era vista por VAZ SERRA, como uma solução para equilibrar os interesses em causa neste tipo de situações.⁵¹ Também a jurisprudência alemã manifestou a

⁵¹ Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, pp.107 a 109

aplicação de tal princípio em casos análogos. De acordo com VAZ SERRA⁵², a jurisprudência (portuguesa) tinha a inversão do ónus da prova, “(...)como consequência da violação de um dever material de conservar o meio de prova.” antes da consagração legal do art. 344º CC nº2. Poderia igualmente a vigência deste princípio apoiar-se na responsabilidade por actos ilícitos, se o meio de prova fosse destruído. “A responsabilidade pela lesão destes deveres” seria assim apreciada “segundo o direito material”.⁵³

Para a jurisprudência, e antes da consagração legal deste princípio no art. 344º CC nº2, a inversão do ónus da prova nestes casos, derivava do dever de indemnização⁵⁴. Mas esta justificação não bastava, pois pressupunha que a prova, com a ajuda do meio em causa, seria feita, o que não podia ser garantido. Só assim se poderia assegurar a verificação do pressuposto da responsabilidade civil, que se reporta à produção de danos para a parte originalmente onerada.

Tem assim de atender-se, no que à *ratio legis* desta figura diz respeito, aos princípios sobre repartição do ónus da prova. VAZ SERRA⁵⁵ cita, para justificar a consideração da inversão do ónus da prova, no caso de falta de colaboração da parte não onerada, os casos em que a lei atende a que “(...) só a uma das partes é exigível a prova (...) - o devedor tem de provar a falta de culpa, porque o credor dificilmente pode fazer a prova da culpa do devedor (...); ora, isto vale também aqui, dado que os meios de prova são conservados para esclarecer o caso e defender cada uma das partes contra a falta de prova.”. Exemplo desta situação (em que só a uma das partes é exigível a prova), seria igualmente a da acção de simples apreciação negativa. Tal regime tem por base a excessiva onerosidade da imposição ao autor, da prova da exclusão de todas as causas de constituição possíveis do direito do réu, segundo o art. 343º CC. O que constituiria aliás, prova de um facto negativo indeterminado, impondo-se antes ao réu o encargo da prova dos factos constitutivos do seu direito.

Em todo o caso, a justificação com base nas regras de responsabilidade civil, para a aplicação da inversão do ónus da prova, no caso de não colaboração de uma das partes, perde relevância face à actual consagração legal, no CC.

Segundo VAZ SERRA, para fundamentar a inversão do ónus da prova no caso em estudo, não bastaria a ideia de que o adversário tornou a prova impossível por receio do resultado da mesma.⁵⁶ A não ser que se restringisse a inversão do ónus da prova, ao caso de o adversário ter mostrado aquele receio. Esta restrição não parece aceitável, pois mesmo que o adversário

⁵² Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, p.101

⁵³ Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, p. 101

⁵⁴ Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, pp. 101 e 102

⁵⁵ Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, p. 106

⁵⁶ Cfr. Vaz Serra, *Provas: direito probatório material*, Lisboa, 1962, pp. 106 e 107

tenha mostrado reechar o resultado da prova, terá sido por culpa sua, que a parte onerada se encontra numa situação de impossibilidade de produção da prova.

4.2 – O REQUISITO DA CULPA

Nos termos dos preceitos legais actualmente vigentes, a fase da instrução da causa decorre sob o signo da cooperação intersubjectiva, desde logo na relação entre as partes (artº 266 nº 1 do CPC). No caso de recusa de colaboração, se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, valendo a recusa como princípio de prova (artº 519 nº1 do CPC, 2ª parte, e 357 nº 2 do CC). Em alternativa, se da recusa de colaboração de uma das partes, resultar para a outra, a impossibilidade de produção da prova, o Tribunal aplica a sanção da inversão do ónus da prova à parte não colaborante.

Note-se que esta sanção (do 344º nº 2 CC) visa incorrer sobre quem viola o princípio da cooperação, e não apenas sancionar aqueles que inviabilizaram um meio de prova, por reechar a sua produção. Daí que também condutas negligentes possam ser sancionadas com esta inversão.

No que à mera negligência diz respeito, existem opiniões que sustentam que não se justifica aqui a inversão do ónus da prova, por constituir uma sanção demasiado gravosa. Todavia, há que atentar na posição de RUI RANGEL⁵⁷, que sustenta que esta inversão se justifica, em mais larga medida, para atenuar a situação de impossibilidade objectiva de produção da prova, em que se encontra a parte onerada, privada do uso de certo meio de prova da veracidade das suas alegações.

Para este autor a conduta negligente ou dolosa do causador da impossibilidade da produção da prova para a parte onerada, é pouco relevante para justificar a opção do legislador pela inversão do ónus da prova. Também VAZ SERRA, como se viu no presente estudo (p. 20, título 4.1, prgf. 4), considera que a mera negligência deve ser sancionada, indo até mais longe, de forma a abranger o caso de culpa dos auxiliares.

RITA LYNCE DE FARIA⁵⁸, por sua vez, tem outra maneira de compatibilizar os arts. 519º, nº2 do CPC e 344º, nº2, CC. Constata que o art. 519º, segunda parte do nº2 do CPC, não deixa “*espaço útil para a aplicação do nº2 do art. 344º CC*”, ao estabelecer que, no caso de falta de cooperação de uma das partes, o juiz deve apreciar livremente esta recusa para efeitos probatórios. Também a aplicação do art. 344º nº2 CC, impondo a inversão do ónus da prova,

⁵⁷ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 187

⁵⁸ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001, pp. 51 e 52

não permitiria uma livre apreciação do julgador, pelo que se depreenderia uma incompatibilidade entre ambos os preceitos.

Para os compatibilizar, a autora refere que quando o art. 519º nº2 segunda parte do CPC, preceitua como cominação para a recusa de colaboração, a livre apreciação desta atitude para efeitos probatórios, esta recusa seria a da parte onerada com a prova daquele facto, não se justificando uma inversão do ónus da prova. Por outro lado, se a recusa de colaboração proviesse da parte não onerada, dever-se-ia aplicar o nº 2 do art. 344º CC, passando a ser sobre esta que, que incorreria o ónus da prova⁵⁹.

Já para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, antes da nova redacção do art. 519º, nº2 CPC, enquanto a impossibilidade culposa de produção da prova para a parte onerada, deveria gerar a inversão do ónus da prova (art. 344º do CC); a violação do dever de colaboração, através da sua recusa, deveria implicar outras consequências (também referidas no art. 344º nº2 segunda parte do CC). É o caso da multa, sem prejuízo dos meios coercivos que forem admissíveis (art. 519º nº2 1ª parte CPC e sobre a multa ver art. 102º do CCJ). Exemplos desses meios são a apreensão do documento (art. 532º e 533º do CPC), o comparecimento da testemunha sob custódia (art. 629 nº3 do CPC), e a livre apreciação pelo Tribunal do valor da recusa, para efeitos probatórios, art. 519º nº2 CPC. Quanto à não apresentação de documentos, teria de se atender ao art. 529º do CPC e quanto à recusa do depoimento, ao art. 357º nº2 do CC, segundo o qual esta é valorada como princípio de prova.

Aquilo que anteriormente podia ser discutível quanto à recusa de colaboração de uma das partes, para efeitos de inversão do ónus da prova, hoje em dia deixou de o ser. A lei consagrou o pensamento daqueles que entendiam que, mesmo no regime anterior, já era possível a recusa de colaboração conduzir à inversão do ónus da prova, ainda que a redacção do art. 519º do CPC apenas referisse a apreciação livre da recusa pelo Tribunal, sem expressamente remeter para o art. 344º nº2 CC. Assim, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA acabou por reconhecer, para o caso de recusa de colaboração, a mesma cominação (inversão do ónus da prova). Tal deve-se ao facto de a nova redacção do art. 519º nº2 do CPC ter vindo, expressamente, consagrar a inversão do ónus da prova neste caso, quando refere “*aqueles que recusam a colaboração devida (...) sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no art. 344º nº2 do CC.*”.

Outra dúvida que se colocava no anterior regime prendia-se com a compatibilização entre o art. 344º nº2 do CC e o 530º CPC já alterado. Em conformidade com a redacção do

⁵⁹ Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001, p. 52

art. 530º CPC que foi revogada⁶⁰ “*O notificado que haja possuído o documento não fica inibido de provar que, sem intuito doloso, ele desapareceu ou foi destruído*”. Ora no art. 344º nº2 CC, é estabelecida a inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente (com dolo ou mera culpa) impossibilitado a prova ao onerado, enquanto o art. 530º nº2 do CPC estipulava que o regime de inversão do ónus da prova era diferente consoante o dolo ou mera culpa do notificado. O legislador, na actual redacção do nº2 do art. 530º do CPC consagrou, em consonância com o art. 344º, nº 2 CC que “*incumbe ao notificado que haja possuído o documento e que pretenda eximir-se ao efeito previsto no nº2 do art. 344º CC, demonstrar que, sem culpa, desapareceu ou foi destruído.*” (sublinhado nosso). Tal alteração legislativa indica igualmente que, para a aplicação da inversão do ónus da prova, nos casos do art. 344º nº2 CC, se exige apenas a culpa numa ampla acepção, incluindo quer as situações de dolo, quer de negligência, da parte não cooperante.

No regime actual do art. 530º CPC, a declaração do notificado de que não possui o documento, afasta a valoração probatória do seu comportamento de não junção do mesmo, não se aplicando, nem a livre apreciação (negativa) do comportamento omissivo, nos termos do art. 519º nº2 por remissão do art. 529º CPC; nem a inversão do ónus da prova, a que se reporta o nº2 do art. 344º CC. Não obstante, permanece reservada ao requerente da junção do documento, a faculdade de provar não ser verdadeira a declaração do notificado. Tal regime justifica-se pois de outro modo, o requerente poderia inventar a prova de documentos inexistentes ou existentes em poder de terceiros, apenas com o objectivo de usufruir de benefício probatório⁶¹.

Segundo LEBRE DE FREITAS⁶², a declaração expressa ou tácita do notificado quanto a ter em seu poder um documento, “*(...) que alegadamente contenha o registo de factos a ele desfavoráveis, tem valor confessório (art. 352º CC), constituindo prova plena ou sujeita a livre apreciação do julgador nos termos do art. 358º CC.*”

A prova da prévia posse do documento, pelo notificado, pode fazer-se por qualquer outro meio, presumindo-se que a situação se mantém à data da notificação. Pode mesmo falar-

⁶⁰ Até ao DL 329-A/95, o nº2 (redacção de 1967) não se contentava com a mera negligência, exigindo dolo (“sem intuito doloso”) para não se dar a ilusão da presunção. À parte notificada cabe, nos termos gerais provar a sua falta de culpa, isto é, a ocorrência de caso fortuito ou de força maior. A referência ao art. 344º/2 CC também proveio do DL 329-A/95

⁶¹ Cfr. Lebre de Freitas, A Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 465

⁶² Cfr. Lebre de Freitas, A Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 466

se, de um ónus de conservação do documento em caso de acto formal por disposição da lei ou vontade das partes.⁶³

Para impedir a inversão legal do ónus da prova, é necessário ao notificado provar que, sem culpa sua, ou seja por caso fortuito, o documento desapareceu ou foi destruído, para ilidir a presunção⁶⁴ de que ele continua na sua posse. O julgador irá valorar negativamente a conduta da parte que não prove a impossibilidade não culposa de apresentar o documento⁶⁵.

Aliás, a não apresentação de documento em poder da parte contrária terá, na generalidade dos casos, o efeito do art. 344º/2 do CC, pois, desde que se trate de documento único e seja impossível a sua reforma, o acto de ocultação tem o efeito de tornar impossível a prova do facto, por esse meio, à parte com ela onerada.⁶⁶

Um exemplo deste caso será o do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo: 3861/2008-6, de 05-06-2008, relatado por FÁTIMA GALANTE, segundo o qual, por entender que tais documentos eram essenciais para a prova de determinada matéria, foi ordenada a notificação da ré, nos termos do art. 528º do CPC, para, em dez dias, juntar os ditos documentos. A ré limitou-se a requerer mais prazo para apresentar tais documentos, não pondo em causa a sua existência nem a sua essencialidade (designadamente por não atestarem o circunstancialismo mencionado pelo autor na petição), não tendo juntado qualquer documento.

No início da sessão de audiência de julgamento, a ré foi novamente advertida para a junção, vindo afirmar que não tinha os documentos e que não tinha obrigação de os guardar. A ré/agravante sabia aquando da sua citação, que o autor tinha manifestado interesse na junção de tais documentos. Além disso, apesar de notificada para proceder à junção, só por insistência do tribunal veio afirmar que os documentos tinham desaparecido.

Segundo o tribunal, a ré/agravante admitiu ter possuído os documentos com o citado teor (nomeadamente porque em prazo não veio alegar o contrário) e não fez qualquer prova da sua falta de culpa, dizendo apenas que não tinha a obrigação de os guardar. Ora se a parte notificada admitir que possui o documento, mas mais tarde alegar que este foi destruído ou desapareceu sem culpa sua, cabe-lhe provar a sua falta de culpa para não ver invertido em seu desfavor o ónus da prova (530 º, nº2 CPC). E se a recusa de cooperação tiver tornado

⁶³ Cfr. Lebre de Freitas, A Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 466

⁶⁴ Sem prejuízo da reforma do documento (art. 367º CC e 1069º e ss.).

⁶⁵ Cfr. Lebre de Freitas, A Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 466

⁶⁶ Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 7371/2007-1, de 19-02-2008, relatado por MARIA ROSÁRIO BARBOSA

impossível a prova à outra parte, sobre quem recaía o ónus probatório de certo facto, ocorre a inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil.

O art. 528º CPC, como norma concretizadora do princípio da cooperação, visa a prova de factos desfavoráveis ao detentor do documento. Daqui se retira que o requerente não pode obter o documento, pelo que, em princípio, tal não se aplicará a certidões de documentos autênticos, de que normalmente poderá extrair-se outra certidão, referindo-se sobretudo a documentos particulares.⁶⁷

Já o art. 529º CPC reflecte que a não apresentação do documento dá lugar, desde a revisão de 1967, à livre apreciação do comportamento omissivo para efeitos probatórios. A norma está em consonância com a do art. 357º/2 CC, que sujeita à livre apreciação judicial a conduta omissiva da parte notificada para depor ou prestar informações ou esclarecimentos.

Com o DL 329-A/95, o art. 529º passou a remeter para o disposto no art. 519º/2. Acentuou-se assim que, neste como nos outros casos de recusa expressa ou tácita de colaboração no campo da prova, a parte não está apenas sujeita à livre valoração do seu comportamento, podendo a ocultação do documento também conduzir à inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344º/2 CC.

4.3 – O REQUISITO DA IMPOSSIBILIDADE DA PROVA

A impossibilidade deve aferir-se pela importância do meio probatório inviabilizado, para provar um facto, que segundo RUI RANGEL⁶⁸, deverá ser decisivo (facto principal). Não faz sentido penalizar a parte não colaborante, se o meio por esta inviabilizado não for de importância decisiva para o apuramento de facto principal, e portanto para o desfecho da acção.

Ora atente-se na inversão do ónus da prova, contemplada no art. 344º nº 2 CC, como sanção para a falta de cooperação. Se considerarmos, como parte da jurisprudência, a interpretação do art. 519ºnº2 do CPC, no sentido de também às partes, poderem ser aplicadas outras sanções como a multa, compreende-se que a inversão do ónus da prova fique reservada para casos em que se dê apenas a impossibilidade de produção da prova para a parte onerada, até por uma questão de aplicação do princípio da proporcionalidade.

⁶⁷ Cfr. Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 463

⁶⁸ Cfr. Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 191

Alguma jurisprudência tem-se orientado no sentido de admitir a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344º n.º 2 CC, não apenas quando a prova seja impossível para a parte onerada, mas também quando esta se torne muito difícil⁶⁹.

Porém, esta posição não é de acolher como regra geral, refere RUI RANGEL⁷⁰, dado que “(...) o primeiro sentimento que existe com qualquer das partes, nomeadamente em peças complexas, é de dificuldade na produção de prova e da insuficiência desta para convencer o julgador.” Além disso, nada na lei permite a aplicação sem mais deste princípio, constituindo a inversão do ónus da prova regra excepcional, apenas para os casos legalmente previstos, e não susceptível de aplicação analógica (art. 11º CC). Ora o caso de inversão do ónus probatório do art. 344º n.º 2 CC, está expressamente previsto na lei apenas para os casos de impossibilidade e não de dificuldade de produção da prova. A letra da lei é clara neste ponto.

Atente-se ainda que já neste trabalho, sob o título que se refere à enumeração taxativa do ónus da prova (prgfs. 7 e 8, p. 19), foram abordados os perigos de uma inversão jurisprudencial ou doutrinária do ónus da prova⁷¹, nomeadamente a descaracterização do papel do julgador com prejuízo para a segurança do Direito. Note-se também que o art. 342º do CC, está elaborado de forma a abarcar estas situações, atenuando dificuldades em caso de dúvida. Haverá igualmente que ter em conta, a necessidade de recurso ao princípio da proporcionalidade para ponderar a aplicação de uma sanção gravosa, como a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º n.º 2 CC. Daí que se exija na lei, a impossibilidade de prova e não a mera dificuldade.

Neste sentido, atente-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 3861/2008-6, de 05-06-2008, relatado por FÁTIMA GALANTE, segundo o qual, «*Importa também ter presente que o disposto no art. 519º, nº 1, como enunciação de um princípio geral, que é, está também ele sujeito ao princípio da proporcionalidade, também chamado princípio da proibição do excesso, o qual se desdobra, por seu turno, em três subprincípios: “a) princípio da adequação, ou princípio da idoneidade; b) princípio da exigibilidade (também chamado da necessidade ou da indispensabilidade), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias, porque os fins visados na lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos liberdades e garantias; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos.”*»

⁶⁹ Ac. R. P. de 18/5/1978 in C.J. 78º, 3, pág. 847; Ac. R.P. de 9/10/1979 in C.J. 79º, 4, pág. 1276; e Ac. STJ de 17/2/1983 in BMJ 324, p. 584

⁷⁰ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 192

⁷¹ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 192

Acrescenta ainda, esta decisão, que há que ponderar “(...) a indispensabilidade ou não dos documentos em causa para a apreciação do pedido, pois que se a recusa não implicar a impossibilidade de o onerado provar facto absolutamente essencial à acção ou à defesa, deverá o tribunal apreciar livremente o valor probatório da recusa (nomeadamente, dela inferindo que a parte, ao menos no plano subjectivo, receava seriamente o resultado daquela diligência instrutória)(...)só a impossibilidade de prova dos factos pela parte com ele onerada, determina a sua inversão nos termos do art. 344º, nº 2, do C. Civil.”⁷²

Ainda a propósito da impossibilidade de produção de prova por culpa da contraparte, RITA LYNCE DE FARIA⁷³ critica a posição de RUI RANGEL, quando este defende ser necessário que o meio probatório inviabilizado seja o único possível para alcançar a prova. RUI RANGEL considera que se a prova do facto for feita por um conjunto de meios de prova, deixamos de estar no domínio da impossibilidade, passando para a mera dificuldade, o que não pode ter-se por relevante para efeitos de operar a inversão do ónus da prova, segundo a regra ditada pelo art. 344º nº2 do CC.

Para justificar a sua posição, RITA LYNCE DE FARIA refere, em primeiro lugar, que concorda com RUI RANGEL a respeito da exigência, para que se dê a inversão do ónus da prova, da impossibilidade de produção de prova para a parte onerada, não sendo para o efeito suficiente a sua mera dificuldade. No entanto considera excessivo que perante um conjunto de meios, para a prova do mesmo facto, a impossibilidade de um deles, não possa gerar impossibilidade da prova. A autora alerta para que pode dar-se o caso de a prova apenas poder ser conseguida através de um conjunto de meios, levando a ausência de um deles, à impossibilidade da sua produção.

De facto, a impossibilidade de recurso a um meio de prova (dos diversos meios de prova em conjunto), pode não ser decisiva para efeitos de tornar impossível a prova de determinada pretensão em juízo, considerando a possibilidade de recorrer aos restantes. Todavia, acompanhando a posição de RITA LYNCE DE FARIA, e dependendo do caso concreto, apesar de um facto poder ser provado por outros meios de prova, pode suceder que o meio cuja produção em juízo foi impossibilitada tivesse grande relevância. Muitas vezes a apresentação de diferentes meios de prova, pode ser decisiva para o juiz e determinante para a formação da sua convicção, ainda que juntos aos autos pela mesma parte, para prova de um mesmo facto.

⁷² Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 4258/07.6TVLSB.L1-6, de 03-12-2009, relatado por FÁTIMA GALANTE

⁷³ Crf. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001, p. 50, nota de rodapé 159

Daqui se infere que o que é realmente decisivo, é que se trate de um meio probatório com especial fiabilidade e relevância, devendo o julgador avaliar a sua potencialidade para revelar a verdade material, através de uma apreciação casuística. Em suma, o julgador deverá avaliar a “utilidade” da prova segundo o conceito de “utilidade” de EDUARDO CAMBI: “(...) a utilidade está relacionada com o benefício que o meio de prova, que a parte pretende valer-se, possa vir a ter no conjunto dos demais meios de prova, devendo-se questionar se ele pode ou não auxiliar o juiz no julgamento da causa.”⁷⁴.

Aplicando o art. 519º CPC, veja-se a posição de LEBRE DE FREITAS⁷⁵, para quem o comportamento da parte não colaborante pode determinar, segundo o art. 344º/2 CC, a inversão do ónus da prova, quando a sua atitude impossibilite a prova do facto, a cargo da contraparte, “por não ser possível consegui-la com outros meios de prova, já por a lei o impedir (exs.: art. 313º/1 CC; art. 364º CC), já por concretamente não bastarem para tanto os outros meios produzidos (por exemplo a destruição, pelo condutor do automóvel, logo após o acidente, dos indícios da sua culpa no acidente de viação, o obstáculo eficaz erguido à deslocação a tribunal de testemunha da parte contrária ou a não apresentação de um documento na posse da parte pode, se outra prova dos factos em causa não existir, ou existindo, for insuficiente, dar lugar à inversão do ónus da prova, que ficará a cargo da parte não cooperante)” (sublinhado nosso). Parece aqui que LEBRE DE FREITAS apresenta uma concepção mais ampla⁷⁶ que RUI RANGEL e LOPES DO REGO no que se refere à impossibilidade de prova.

Segundo este último autor⁷⁷, “ Se a recusa tiver tonado impossível a prova à outra parte, sobre quem recaia o ónus probatório de certo facto (v.g. a diligência probatória culposamente frustrada recaía sobre matéria de facto absolutamente essencial, que só podia ser demonstrada por esse meio já que o onerado não dispõe de outros meios de prova que, em concreto, demonstram o facto)(...)” (Sublinhado nosso).

Assim, tanto RUI RANGEL como LOPES DO REGO parecem considerar que, para que haja impossibilidade de prova para a parte onerada, é necessário que a mesma não tenha apresentado outros meios de prova, susceptíveis de provar facto essencial (para a procedência da acção ou da defesa).

⁷⁴ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p.156 [143-159]

⁷⁵ Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 440

⁷⁶ Também no sentido desta concepção parece ir o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 4258/07.6TVLSB.L1-6, de 03-12-2009, relatado por FÁTIMA GALANTE, ao referir que “ (...) Se outra prova dos factos em causa não existir ou, existindo, for insuficiente, a recusa pode dar lugar à inversão do ónus da prova” (sublinhado nosso).

⁷⁷ Cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 455

Já LEBRE DE FREITAS refere que tal impossibilidade se pode aferir por concretamente não bastarem para a prova, outros meios produzidos, exemplificando seguidamente com o caso de não existir outra prova (concordando neste ponto com RUI RANGEL e LOPES DO REGO), ou existindo ser insuficiente (aqui discorda dos dois autores). Assim, embora em abstracto a parte possa elencar diversos meios de prova para determinado facto, em concreto pode constatar-se que tais meios são insuficientes, dada por exemplo a falibilidade da prova testemunhal, aliada à pouca credibilidade ou conhecimento por parte das testemunhas *in casu* apresentadas pela parte, quanto ao facto que se pretende provar.

A concepção de RUI RANGEL pode vir a revelar-se demasiado restritiva. Veja-se a hipótese de os restantes meios de prova de um determinado facto, serem pouco úteis à descoberta da verdade, em comparação com o meio de prova inviabilizado culposamente pela contraparte. Neste caso ver-se-ia justificada a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º nº2 CC, não se podendo considerar esta sanção excessiva.

A interpretação de LEBRE DE FREITAS e RITA LYNCE DE FARIA, pode concorrer para a concretização do princípio da cooperação, maximizando a sua efectividade, e indo ao encontro do espírito da lei, razão pela qual se adopta esta a posição. Procedendo deste modo, obtém-se um melhor contributo para a efectivação do princípio da cooperação, através do eficaz sancionamento de comportamentos com ele desconformes. Além disso, não se pode considerar que tal interpretação ofenda o princípio da proporcionalidade, pois exige-se que o meio de prova em causa se reporte a um facto principal e haja efectivamente uma impossibilidade de prova para a parte onerada. Também não se pode pensar que aquela interpretação ofenda a segurança jurídica, não se considerando sequer a necessidade de recurso a uma interpretação extensiva, pois tal pensamento cabe no sentido da letra da lei.

Quanto à recusa da parte em prestar a adequada colaboração com a administração da justiça, RUI RANGEL acompanha LOPES DO REGO a propósito da relevância dos exames de sangue nas acções de investigação da paternidade. Entende LOPES DO REGO, que o art. 344º nº2 do CC se aplica aos casos em que se verifica uma frustração culposa de um “ (...) *meio de prova de especial relevância, de um meio de prova que seja absolutamente necessário, não bastando que seja, apenas útil e conveniente*”⁷⁸.

Acrescenta ainda este autor, que a realização coerciva do exame de sangue não constitui um dos meios coercivos possíveis a que alude o art. 519º CPC, pois se a recolha de sangue para realização do exame necessário ao apuramento da paternidade, for feita por via da força, tal é incompatível com os direitos fundamentais do réu. Segundo Rui Rangel: “(...) *É mais*

⁷⁸ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 188

*equilibrado e o bom senso aconselha o caminho da presunção de paternidade daquele que, de forma injustificada e, portanto ilegítima, se recusa à efectividade do exame.”*⁷⁹

Acompanhando ainda LOPES DO REGO, considera RUI RANGEL⁸⁰ que o art. 344º nº2 CC é aplicável a estes casos, pois ao inviabilizar culposamente a realização do exame de sangue, o pretense pai tornaria impossível ao autor a prova da procriação biológica. Passava então o réu a estar onerado com a prova de que não era pai do autor.

A recusa do investigado em submeter-se aos exames hematológicos, é considerada ilegítima por ser o único meio de prova passível de demonstrar, com idoneidade, o vínculo biológico de paternidade, situando-se num patamar superior ao da prova testemunhal, de natureza mais duvidosa.

Daqui resultaria que a recusa ilegítima de colaboração, da parte investigada pode conduzir o tribunal a uma de duas atitudes. Ou leva o tribunal a considerar suficientes os elementos do processo, para estabelecer ou não o vínculo de paternidade, avaliando livremente a recusa. Ou, por outro lado, conduz o tribunal a considerar os elementos do processo insuficientes para verificar da existência ou falta do vínculo de paternidade. Neste último caso, aplica-se a inversão do ónus da prova, que passa a impender sobre a parte originalmente não onerada, o investigado (519º nº2 do CPC). Não se considera que em caso de recusa culposa do réu, de submissão ao exame, se deva avaliar livremente tal recusa para efeitos probatórios, embora parte da jurisprudência o defenda. Para justificar tal posição remete-se para o capítulo do presente trabalho *Estudo jurisprudencial*, com o subtítulo *Exame Hematológico*.

4.4 – CUMULAÇÃO DAS SANÇÕES COM EFEITOS PROBATÓRIOS E OUTRAS

O CPC consagra ainda a pena de multa como sanção cumulável com a inversão ou livre apreciação da prova, para a falta de cooperação da contraparte, o que resulta da conjugação dos arts. 344º nº2, do CC com os arts. 537º e 519º, nº 2 do CPC. De facto, relativamente à condenação em multa, importa notar que a omissão grave e reiterada do cumprimento, por alguma das partes, do dever de cooperação, poderá implicar a respectiva condenação como litigante de má fé, ao abrigo da al. c) do nº2 do art. 456º do CPC

Na análise deste preceito (344º nº2 CC), há que atender ao elemento sistemático, merecendo especial atenção o art.519º nº2 CPC. Como já se referiu neste trabalho (4.2 – *O requisito da culpa*, prgf. 8, p. 23), no nº2 do art. 519º CPC, foi substituído, à data da revisão de 1967, o segmento “*consideram-se provados os factos que se pretendia averiguar*” (já

⁷⁹ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 189

⁸⁰ Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 189

assim se dizia no CPC de 1939, art. 524º), por “o tribunal apreciará livremente o valor da mesma para efeitos probatórios” e aditado, pelo DL 329-A/95, o segmento “sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no nº2 do art. 344º do Código Civil”. Para LEBRE DE FREITAS⁸¹, estas alterações esclarecem que a livre apreciação probatória do comportamento de recusa, não afasta a consequência da inversão do ónus da prova, quando esta for impossibilitada. No caso de mera dificuldade criada pela contraparte, na produção de prova pela parte onerada, também para este autor, a consequência a aplicar será, de acordo com o nº2 do art. 519º CPC, a livre apreciação para efeitos probatórios.

À parte ou ao terceiro que viole o dever de colaboração “(...)será aplicada multa, nos termos do art. 27º RegCustas, sem prejuízo da utilização dos meios de coacção que visem obter a colaboração recusada (veja-se por exemplo os arts. 532º, 537º e 629º/4).”⁸² Não é por isso hoje defensável, segundo LEBRE DE FREITAS⁸³, que a multa só seja aplicável a terceiros, enquanto a parte só pode ficar sujeita a consequências probatórias. Neste sentido, porém, julgou o tribunal em alguns acórdãos. Além de que neste sentido, dispunha o CPC de 1939 (“se se recusarem, serão condenados em multa, sendo terceiros (...); se o recusante for parte considerar-se-ão provados os factos que se pretendia averiguar”). Extrai-se da diferente redacção do CPC de 1961, que assim deixou de ser⁸⁴. Também LOPES DO REGO considera cumuláveis as sanções de multa e, caso se trate de parte não cooperante, as relativas a efeitos probatórios.⁸⁵

Além da presunção de culpa estatuída no nº2 do art. 530º CPC, quanto ao notificado que haja possuído o documento, a não apresentação deste dá ainda lugar à condenação em multa e pode dar lugar a meios coercitivos (arts. 519º/2 e 537º CPC), nomeadamente o da sanção pecuniária compulsória (art. 829º-A CC).

Ora, se o art. 537º CPC prevê a sanção de multa para a recusa de colaboração, no que diz respeito à requisição de documentos, não se compreende que, para os restantes meios de prova, não haja essa cumulação entre efeitos probatórios e outras sanções, tratando-se de

⁸¹ Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 439

⁸² Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 440

⁸³ Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 440

⁸⁴ Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 440

⁸⁵ «(...) para além da condenação em multa, se o e exame se considerava absolutamente essencial à determinação da filiação biológica – implicando consequentemente, a recusa do pretense pai a verdadeira a verdadeira impossibilidade de o autor fazer prova da invocada filiação biológica (...) deverá aplicar-se o preceituado no nº2 do art. 344º do CC, presumindo-se a paternidade e passando a incumbir ao recusante o ónus de criar “dúvidas sérias” sobre ela (art. 1871º nº2 CC)», cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 454

conduta das partes, dado que o art. 529º CPC, remete para os efeitos probatórios do art. 519º nº 2 CPC. Note-se que o art. 537º CPC refere-se, no que respeita à multa e outros meios coercitivos, tanto a terceiros como às partes, pelo que não se vê motivo para que se defenda, como em alguns acórdãos sucede, que não deve dar-se a cumulação de sanções no que respeita à parte não cooperante. Segundo tais opiniões, seriam aplicadas às partes, somente as sanções relativas a efeitos probatórios, sendo as outras, como a multa reservadas a terceiros.

Segundo LEBRE DE FREITAS⁸⁶, a remissão do art. 529º para o nº2 do art. 519º não exclui a aplicação do nº3 do mesmo art. (recusa legítima de cooperação), Veja-se o art. 533º CPC.

V – O ART. 344º Nº2 DO CC E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Além de se reflectir no princípio da preclusão, a auto-responsabilidade das partes pode igualmente traduzir-se na inversão do ónus da prova no caso do art. 344º nº 2 CC, dando-se a aplicação de “*consequências probatórias desfavoráveis da omissão, por via da formação da convicção judicial*”, remetendo também a lei, no art. 519º nº 2 CPC e 357º nº 1 CC, “*para o julgador, a livre apreciação do comportamento omissivo da parte, que, notificada para depor ou prestar esclarecimentos (...)*”⁸⁷, por exemplo, não o faz ou recusa-se a fazê-lo.

Segundo LOPES DO REGO⁸⁸ “*a consagração do princípio da cooperação não significa o “apagamento” do litígio ou controvérsia (...) implica apenas ter presente que às partes, (...) não é lícito obviar a que o processo consiga alcançar e realizar a sua função substancial e essencial de justa composição da lide num prazo razoável.(...)*.” Desta forma, a recusa de colaboração e a apreciação dessa recusa, para efeitos probatórios e potencial inversão do ónus da prova (art. 519º nº2 CPC), visam evitar uma decisão de *non liquet*, ou que possa inverter o sentido da decisão.

As regras de repartição do ónus da prova são atenuadas pelo dever de colaboração imposto às partes no processo, na procura de uma verdade material e não meramente formal. Em virtude deste princípio permite-se, por exemplo, ao julgador, que numa situação de *non liquet*, no momento do julgamento da matéria de facto, regresse à sala de audiências para “*ouvir as pessoas que entender e ordenar as diligências necessárias*” (art. 653º, nº1 segunda parte do CPC), podendo o recurso às regras de repartição do ónus da prova, ficar protelado para um momento posterior.

⁸⁶ Cfr. Lebre de Freitas, A Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 464

⁸⁷ Cfr. Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 161

⁸⁸ Cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 265

Segundo RUI RANGEL⁸⁹ «(...) é frequente o juiz (...) ficar sem saber se o facto em questão ocorreu. E esta situação ocorre muitas vezes porquanto as partes fazem tábua rasa do princípio da cooperação, recorrendo à má-fé, complexidade dos articulados e não apresentando matéria de facto suficiente que permita conhecer a fundo as suas pretensões, não abrindo o jogo, recorrendo por vezes à apresentação de provas em última instância, para tirarem benefício do efeito “surpresa”.». É assim para assegurar o princípio da cooperação, que surgem normas como o art. 344º n.º2 CC, que visam a imposição de sanções ou de meios coercitivos a terceiros ou às partes, que não prestem a colaboração devida.

Neste sentido, ao observar a doutrina portuguesa, há que distinguir diversas apreciações sobre o princípio da cooperação. Para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, este destina-se a transformar o processo numa comunidade de trabalho e a responsabilizar, quer o tribunal, quer as partes, através de mecanismos como a condenação em multa por litigância de má fé, e a aplicação de sanções com efeitos probatórios. O dever de cooperação das partes estende-se assim ao direito probatório, o que se demonstra através do n.º 1 do art. 519º n.º1 do CP, que consagra o dever de colaboração das partes para a descoberta da verdade, vinculando também a parte que não está onerada com a prova.⁹⁰

Assim, há que ter presente que o dever de colaboração é independente das regras de repartição do ónus da prova (arts. 342º a 345º CC). O princípio da cooperação gera, para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, vários poderes-deveres para o órgão jurisdicional: dever de esclarecimento, dever de consulta, dever de prevenção e dever de auxílio⁹¹. Para o presente estudo importa ter em conta o dever de consulta, não podendo o magistrado decidir com base em questão de facto ou de direito sobre a qual as partes não tenham sido intimadas a manifestar-se, sujeitando-a a contraditório de forma a evitar as “decisões surpresa”⁹².

Daí a necessidade de o tribunal alertar a parte, ao notificá-la para junção de determinado meio de prova, para que esta junção é requerida sob pena de possível inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344º, n.º2 CC. Se tal advertência não tiver sido feita, o tribunal não poderá aplicar esta sanção mais tarde. Daqui se depreende que a concretização do princípio da cooperação é também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar a solução da questão controversa⁹³. A cargo do tribunal está

⁸⁹ Cfr. Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 103

⁹⁰ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 14 e 15

⁹¹ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 15 (para mais desenvolvimentos veja-se pp. 15 e ss.)

⁹² Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 17 e 18

⁹³ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 18

ainda o dever de auxílio das partes, na superação das eventuais dificuldades ao exercício de direitos, faculdades, ou no cumprimento de ónus e deveres processuais, cabendo ao juiz a remoção de obstáculos como ocorre nos casos dos arts. 266º, 4, 519º-A, 1, 837º, 1 e 535º todos do CPC.

TEIXEIRA DE SOUSA refere igualmente as consequências do desrespeito às regras que concretizem o princípio da cooperação⁹⁴. Exige este autor a concretização do princípio por regras específicas, como é o caso do art. 519º nº2 CPC e 344 nº2 CC, não admitindo a eficácia directa do princípio da cooperação, sem a interposição de normas concretizadoras. Também PAULA COSTA E SILVA não admite a aplicação directa do princípio da cooperação “*que dependeria de manifestações tópicas do legislador que concretizassem o seu conteúdo.*”⁹⁵, devendo a aplicação deste mesmo princípio ser antes indirecta.

Note-se que quanto ao art. 456º CPC nº2 al.c), no que se refere à especificidade desta previsão normativa, que exige a omissão dolosa ou negligente de forma grosseira, a autora enfatiza que tal conduta deve ser grave para ser qualificada como ilícita. Não basta, assim, que haja uma omissão⁹⁶, para que a parte seja condenada em multa por litigância de má fé.

Segundo esta autora, estando a cooperação direccionada à justa composição do litígio, nos termos do art. 266º CPC, será qualificada como grave, a conduta ilícita que gere uma decisão que não é justa, que não é tão justa como devia ser, ou no caso de a decisão justa ter sido obtida com menor grau de eficácia e num espaço de tempo mais alongado⁹⁷. Note-se que, como refere EDUARDO CAMBI⁹⁸, “*O tempo no processo é um ónus, que deve ser distribuído igualmente entre as partes (...). Não resta dúvida que a justiça tardia nada mais é do que uma forma de denegação da própria justiça(...).*” Também LEBRE DE FREITAS identifica uma vertente material do princípio da cooperação, que aponta para a descoberta da verdade, e uma vertente formal que visa evitar dilações indevidas à justa composição do litígio⁹⁹.

Da dimensão material do litígio faz parte o art. 529º nº1 CPC, que consagra o dever de colaboração da parte e do terceiro para a descoberta da verdade. Como concretização do aspecto formal do princípio da colaboração, LEBRE DE FREITAS aponta o 266º nº 4 CPC. Este

⁹⁴ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 21

⁹⁵ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 25

⁹⁶ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 27 e 28

⁹⁷ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 28

⁹⁸ Cfr. Eduardo Cambi, *O direito à prova no processo civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.32v.34 (2000), p. 154 [143-159]

⁹⁹ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 28 e 29

determina que sempre que alguma das partes alegue justificadamente, dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade, ou o cumprimento de ónus, ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo¹⁰⁰. Também este autor examina o princípio da cooperação apenas através de regras específicas do CPC, não retirando do art. 266º CPC consequências autónomas.¹⁰¹

Segundo FREDIE DIDIER e contra a maioria da doutrina portuguesa, “ (...) o princípio da cooperação é fim que se deve buscar inclusive por meios atípicos, desde que conformes ao sistema jurídico.”, não sendo a inexistência de regras que definam o conteúdo do princípio, obstáculo à sua efectivação. Há no entanto normas, como as em estudo (particularmente art. 344º nº 2 CC e art. 519º CPC), que delimitam a arbitrariedade do julgador na solução do caso que lhe é submetido, e ilustram casos em que ocorre a eficácia indirecta deste princípio¹⁰². De acordo com o mesmo autor, o princípio da cooperação deve ser visto como um subprincípio do devido processo legal e do princípio da boa fé processual, que passam pela efectivação de um processo marcado pela cooperação¹⁰³. Regras como as em estudo, exercem uma função definitiva dos princípios, delimitando o comportamento a adoptar para a realização de finalidades impostas pelos princípios jurídicos.

Os princípios ainda exercem face às normas menos amplas, uma função interpretativa¹⁰⁴, não se admitindo igualmente uma interpretação normativa que vá contra o fim visado pelo princípio da cooperação¹⁰⁵, que apresenta uma “função bloqueadora” para a não aplicação de normas que contrariem a finalidade deste princípio.

No caso do art. 344º nº2 CC, o que aqui encontramos é um texto normativo típico e fechado, que se deve aplicar segundo o método de subsunção do facto ao enunciado normativo, tendo o legislador fixado determinados critérios para a aplicação de uma sanção, a inversão do ónus da prova. Apresenta-se desta forma como necessária, a existência de uma conduta culposa que impossibilite a produção de prova da pretensão da parte onerada¹⁰⁶. Caso

¹⁰⁰ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 30 e 31

¹⁰¹ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 31

¹⁰² Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 51 a 53

¹⁰³ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 53 e 53

¹⁰⁴ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 54

¹⁰⁵ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 55

¹⁰⁶ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 59 e nota de rodapé 93

contrário, não se verificando a impossibilidade da prova para a parte onerada, dar-se-á apenas a livre apreciação do julgador nos termos do art. 519º nº2 CPC.

Ainda de acordo com FREDIE DIDIER¹⁰⁷, “ (...) *as consequências normativas para o desrespeito ao princípio da cooperação não precisam ser típicas: pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto. A infracção ao princípio da cooperação pode gerar invalidade do ato processual, preclusão de um poder processual (...) dever de indemnizar (se a infracção vier acompanhada de um dano), direito a tutela inibitória, sanção disciplinar etc..*”.

A constitucionalização do direito processual tem-se revelado um fenómeno bidimensional, caracterizando-se pela incorporação, nos textos constitucionais, de normas processuais, e passando a doutrina “ (...) *a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais (...)*”¹⁰⁸. O princípio da cooperação é uma norma definidora do processo equitativo português garantido pelo nº4 do art. 20º da CRP, servindo para que se obtenha, com brevidade e eficácia a justa composição do litígio¹⁰⁹. Por outro lado, os sujeitos devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que deve ser entendida como uma norma de conduta, ou boa-fé objectiva. Os destinatários da norma são todos aqueles que participam no processo, não apenas as partes como também o órgão jurisdicional¹¹⁰.

A boa fé objectiva sofreu uma expansão para todos os ramos do direito, mesmo os “não civis”¹¹¹, na medida em que sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. Tais regras de conduta recaem sobre qualquer relação jurídica, incluindo a processual. Há ainda que ter em conta que “(...) *a cláusula geral da boa fé processual implica entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má fé (...)*”¹¹².

¹⁰⁷ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 71

¹⁰⁸ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 72 e 73

¹⁰⁹ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 74 e 75

¹¹⁰ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 79 e 80

¹¹¹ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, p. 82

¹¹² “*Eis a relação que se estabelece entre a boa fé processual objectiva e subjectiva*”. Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp. 93 e 94

É também de referir que o dever de cooperação encontra limites no princípio do dispositivo e nas ressalvas do art. 519º nº3 CPC¹¹³. As als. a) e b) deste nº3 estabelecem a tutela da integridade física e moral, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e telecomunicações, em conformidade com os art. 25º, 26º e 34º da CRP.

A ilicitude da recusa assenta na proibição de prova do nº8 do art. 32º CRP, que vale por maioria de razão para o processo civil. Impõe-se assim uma ponderação dos interesses em causa, não podendo para protecção dos interesses em questão, limitar-se de forma intolerável outros direitos, e devendo respeitar-se o princípio da proporcionalidade (as restrições devem ser necessárias, adequadas e proporcionais, art. 18 CRP nº 2).

Note-se ainda a al. c) do nº3 do art. 519º CPC, onde está instituída a quebra automática de todos os deveres de sigilo profissional, de modo a permitir um juízo de ponderação entre os interesses tutelados por tais sigilos, e o interesse público da correcta administração da justiça. O nº4 do art. 519º remete para os arts. 135º a 137º do CPP.¹¹⁴ Já no que diz respeito ao nº1 do art. 519º-A CPC, razões de “*celeridade e praticabilidade*”, possibilitam ao juiz da causa preterir a “*simples confidencialidade*”, determinando a prestação de informações essenciais¹¹⁵.

Há que destacar, dentro do tema do princípio da cooperação, o poder-dever do tribunal de providenciar, mesmo oficiosamente, pelo suprimento de obstáculos à prolação da decisão de mérito ou à realização do normal efeito dos actos processuais nos termos do nº2 do art. 265º. O tribunal tem também o poder-dever de auxiliar as partes na ultrapassagem de obstáculos, que as impeçam de atingir o êxito da acção ou defesa, quando tal situação não seja imputável à parte em questão. Cumprirá à parte que pretende obter a colaboração do tribunal, nos termos do art. 266º nº 3 CPC, justificar que não está ao seu alcance obter as informações ou documentos necessários à eficácia da sua pretensão. A cooperação requerida ao tribunal, poderá traduzir-se na imposição à parte contrária, do dever de prestação de determinados

¹¹³ Assim, quanto aos factos essenciais, o juiz só se poderá limitar a convidar a parte a incluí-los no processo (arts. 264º nº3 e 508º CPC), enquanto em relação aos factos instrumentais é legítimo que o juiz solicite os esclarecimentos que considere pertinentes à parte que os alegou já que tais factos podem ser oficiosamente conhecidos pelo tribunal, cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 455

¹¹⁴ Assim, invocada a escusa e havendo fundadas dúvidas sobre a legitimidade da invocação, compete ao juiz da causa proceder às averiguações necessárias. Já se a escusa for fundada em sigilo efectivamente existente, é ao tribunal imediatamente superior àquele que incumbe decidir da preterição do dever de sigilo cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 456 e 457

¹¹⁵ Cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 457

esclarecimentos, que espontaneamente não quis prestar à parte interessada. Noutros casos a colaboração requerida ao tribunal, poderá ter como destinatários terceiros¹¹⁶.

Note-se ainda que, para cumprir o fim da tutela jurisdicional efectiva, deve-se olhar para a prova num outro sentido. Além de um ónus, deve tentar compreender-se o fenómeno probatório como um direito processual público subjectivo, pois a noção de direito à prova, aumenta a possibilidade de as partes influenciarem a formação da convicção do juiz¹¹⁷. Assim, para que haja uma decisão justa, as partes devem ter a oportunidade de provar os factos, que fundamentam tanto a sua pretensão como a defesa. Segundo EDUARDO CAMBI¹¹⁸: “O direito à prova tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica activa (...). Com isso percebe-se que as partes não têm apenas ónus, mas também têm direitos, que devem ser observados pelo Estado-juiz.”¹¹⁹.

É no contexto do direito à prova que o art. 344º nº2 CC deve ser também analisado, pois ao frustrar a possibilidade de recurso a um meio de prova essencial à contraparte, estar-se-á a diminuir a possibilidade de uma das partes, provar em juízo a sua pretensão e, em última análise, a lesar o seu direito à prova. Este deve ser garantido pelo Estado-juiz¹²⁰.

Daí ser um dever do Tribunal a aplicação da sanção da inversão do ónus da prova, nos casos em que se vejam preenchidos os requisitos do art. 344º, nº 2 CC. Desta forma, não obstante o legislador pretender, com o princípio da cooperação, potenciar um diálogo entre todos os sujeitos processuais, não se deve “(...) perder de vista, como acentua Antunes Varela, que a natureza publicística do processo, implica que a sua direcção caiba ao juiz (...).”¹²¹

Este dever do Tribunal, da aplicação da referida sanção, caso se verifiquem os respectivos pressupostos, justifica-se igualmente no contexto do princípio da cooperação. A cargo do tribunal, está ainda o dever de auxílio das partes, na superação de dificuldades ao exercício de direitos, ou no cumprimento de ónus e deveres processuais.

¹¹⁶ Cfr. Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, pp. 268 e 269

¹¹⁷ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), pp. 147 e 148 [143-159]

¹¹⁸ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p. 148 [143-159]

¹¹⁹ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p. 148 [143-159]

¹²⁰ Cfr. Gomes Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 169, o direito constitucional à prova surge, «ou dissolvido nos princípios de direito e processo penal constitucionalmente consagrados (“direito de defesa”, “direito ao contraditório”, “direito de intervenção no processo”, “proibição de provas ilícitas”) ou associado ao direito e tutela jurisdicional.»

¹²¹ Cfr. Hélder Leitão, *Dos princípios básicos em processo civil*, 3ª.ed., ELCLA (Colecção Nova Vademecum, 23), 1999, Porto, p. 206

Segundo EDUARDO CAMBI¹²² o texto constitucional serve como fonte para reflexão axiológica do processo, constituindo as garantias constitucionais processuais, fundamento normativo do direito à prova, nomeadamente o acesso à justiça, o devido processo legal, o direito de defesa e o contraditório. No entanto, pode destacar-se que o acesso à ordem jurídica implica o acesso à ordem jurídica justa, voltado para a concretização dos direitos legalmente consagrados. Ora “*A correta reconstrução dos factos no processo, possibilita a realização de decisões justas. Pode-se assim asseverar que o direito à prova, ao pretender, dar melhores oportunidades para que as partes influam na formação do convencimento do juiz, contribui para a cognição mais fiel dos fatos (...)*”¹²³. O direito à prova pode igualmente ser visto como uma manifestação do princípio do contraditório e da igualdade de armas, no sentido em que, se exige que tanto autor como réu, tenham idênticas possibilidades de influenciar a convicção do julgador¹²⁴.

Ora, apesar de o direito à prova, tal como o princípio da cooperação, estar sujeito ao princípio¹²⁵ que visa a atribuição a uma norma constitucional do sentido que maior eficácia lhe atribua, a “*dimensão compromissória*” da CRP pode acarretar colisões de valores constitucionais. Devem assim harmonizar-se valores em conflito através do princípio da proporcionalidade, que visa encontrar a justa medida entre limitação de um direito constitucional, em favor da necessidade da realização de outro, que nesse concreto conflito é considerado hierarquicamente superior e requer um maior âmbito de efectivação¹²⁶.

Daí a necessidade de ponderar se a prova frustrada pela contraparte era essencial, impossibilitando a prova da pretensão da parte onerada, de forma a determinar se está de acordo com o princípio da proporcionalidade a aplicação da inversão do ónus da prova. Tal inversão, nos termos do art. 344º nº 2 CC, poder vir a determinar um desfecho da acção desfavorável à parte não cooperante, pelo que deverá sempre realizar-se esta ponderação, verificando se o prejuízo da parte sancionada, não será superior ao benefício da parte originalmente onerada.

¹²² Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p.148 [143-159]

¹²³ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p.149 [143-159]

¹²⁴ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p.151 [143-159]

¹²⁵ Princípio da máxima efectividade.

¹²⁶ Cfr. Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a.32v.34 (2000), p.149 [153-154]

VI – O ART. 344, Nº2 DO CC: ESTUDO JURISPRUDENCIAL

6.1 – A RECUSA DE SUBMISSÃO A EXAME HEMATOLÓGICO

O acórdão a cuja análise se irá proceder é o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 194/08.7TBAGN.C1.S1, de 16-10-2012 relatado por GARCIA CALEJO. Neste caso foi admitido o recurso de revista excepcional, a que alude o art. 721º A nº3, al. c), considerando-se que o acórdão da relação estava em contradição com outro já transitado em julgado, e proferido por outra relação, a de Guimarães, no domínio da mesma legislação e mesma questão fundamental de direito. A questão divergente diz respeito à relevância, sob o ponto de vista probatório, da circunstância de o réu, numa acção de investigação de paternidade, se recusar a realizar o exame hematológico requerido pela parte contrária. Este recurso incide na questão de saber se essa recusa deve gerar, ou não, a inversão do ónus da prova dos factos enumerados no art. 1871º do CC.

Quanto aos factos a que se reporta o acórdão em análise, as instâncias deram como assente, que o autor nasceu no dia 16 de Abril de 1967 na freguesia e concelho de Arganil, data à qual a sua mãe CC era viúva. No seu assento de nascimento, o autor foi somente registado como sendo filho de CC, sem menção à paternidade. A mãe do autor, manteve relações sexuais exclusivas com o réu durante os primeiros 120 dias dos 300, que precederam o nascimento do Autor.

Na sentença de 1ª instância, considerou-se que o autor beneficia da presunção de paternidade a que alude o art. 1871º nº 1 al. e) do CC, já que provou que foi praticado acto sexual de cópula completa, de sua mãe com o investigado durante o período legal de concepção¹²⁷. Não logrou o réu provar qualquer facto que afastasse tal presunção, tendo por isso a acção procedido.

Acrescentou-se que o réu, sem justificação, recusou a submissão aos exames de sangue (depois de uma primeira falta que lhe foi justificada). Nos termos dos arts. 519º, nº 2 segunda parte do CPC e art. 357º, nº 2 CC, quando o tribunal aprecia livremente a prova, a possível recusa da parte vai relevar como princípio de prova.

Aduziu-se depois ao Acórdão da Relação de Guimarães de 17-04-2008, que considerou que a recusa da realização do exame por parte do investigado, é livremente apreciada pelo tribunal, só operando a inversão do ónus probatório, se esta recusa for injustificada e se tiver tornado impossível a prova ao investigador, situação que se considerou verificar no caso. Por isso se entendeu aplicar, a inversão do ónus da prova.

¹²⁷ Acrescentou-se que se deveria ter em atenção que, ao contrário das presunções anteriores, em que há um juízo de forte probabilidade de o investigado ser pai, neste caso há somente uma possibilidade de o investigado ser o progenitor, assistindo a este afastar essa presunção (art. 350º nº 2 CC), com base em “dúvidas sérias” que consiga suscitar sobre a sua alegada e presumida paternidade nessa base (nº 2 do citado art. 1871º CC).

Desta forma, concluiu-se de acordo com o decidido neste Acórdão do S.T.J. de 23.09.2008, “*que o R. nada logrou provar que afastasse a paternidade dele investigado em relação ao Autor*”.

No acórdão recorrido, em relação à objecção dos recorrentes, relativa ao facto de ao não realizar o exame, o réu não ter tornado a prova impossível, não se devendo aplicar o nº 2 do art. 344º do CC, referiu o STJ não ser correcto este entendimento. Este Tribunal justificou tal conclusão, referindo que o exame biológico que o réu tornou impossível, face ao rigor e conclidência próximos dos 100% que esses exames dão, resulta numa evidente falta de cooperação com a justiça. Neste contexto, a omissão no comparecimento para a sua realização, foi considerada injustificada por despacho transitado em julgado, considerando-se, assim, ter sido legítima a inversão do ónus da prova a que alude aquela disposição.

É certo que a Relação também ponderou a inversão do ónus da prova, a que alude o dito art. 344º nº 2, visto que o exame biológico não foi realizado por culpa do R., sendo esta a questão essencial do recurso.

Nos termos do art. 519º nº 1 do CPC, todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta de verdade. Acrescenta o nº 2 da disposição, que se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa, sem prejuízo do preceituado no nº 2 do art. 344º do CC. Estabelece esta disposição, que há inversão do ónus da prova “*quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado*”.

No caso dos autos, o réu não compareceu ao exame hematológico, por duas vezes designado (e requerido pela parte contrária), tendo sido considerada a primeira vez justificada a falta, mas a segunda injustificada, por despacho transitado em julgado.

O STJ chamou a atenção para o facto de actualmente, os exames hematológicos darem um grau de certeza sobre a filiação próximo dos 100%, excluindo-a quase completamente quando não ocorra. Quer isto dizer que nas acções de investigação da paternidade, esses exames constituem elementos essenciais para a descoberta da verdade, secundarizando as outras provas, designadamente a testemunhal mais falível e aleatória.

A ver do STJ, o réu, ao faltar ao exame injustificadamente, obstaculizou a que a verdade da sua paternidade em relação ao autor fosse cientificamente determinada. Recusou-se assim, a colaborar para a descoberta da verdade, pelo que se justifica a inversão do ónus da prova a que alude o nº 2 do art. 344º¹²⁸.

Também no sentido da inversão do ónus da prova no caso de recusa injustificada do réu em submeter-se a exame hematológico, disse-se no acórdão do STJ de 11-1-2001 (Pº nº

3385/00, 7ª secção, Sumários, 47º) que “*é ilegítima a recusa do pretense pai em apresentar-se a exame de sangue, por violação do dever de cooperação com a justiça, com o fundamento no seu medo das agulhas, receio de ver sangue e fobia aos hospitais, levando à inversão do ónus da prova, nos termos do art. 519º nº 2 do CPC*”.

Sobre tal tema veja-se também o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 331/09.4TCGMR.G1, de 13-03-2012, relatado por ANA CRISTINA DUARTE, que assim reitera “*Pelos diversos adiamentos do exame, e pelas diligências a que teve de proceder-se sempre que foi necessária a marcação de nova data, é óbvio o reflexo negativo no normal andamento dos autos, que apenas decorre da atitude de não colaboração do Recorrente. Pela certeza científica que é conferida aos resultados do exame torna-se ele um meio de prova essencial (...). A sua não realização pode inviabilizar a concretização daquele objectivo, para mais numa situação como esta em que a Autora já é de maioridade (frequenta o ensino universitário), e, por isso, a prova testemunhal se torna mais difícil pela erosão dos factos que o decurso do tempo provoca na memória.*” E “*A jurisprudência tem-se mostrado dividida quanto a esta questão, propendendo alguns arestos para a posição doutrinária acima exposta [Cfr. os Acs. do STJ de 28.05.02, e desta Relação de 21.09.99, e de 16.10.00 e 15.01.04,] e entendendo outros que, para além da multa prevista na 1ª parte do nº 2 do artº 519º do CPC, a sanção de ordem probatória da recusa só pode ser a sua livre apreciação pelo tribunal nos termos da 2ª parte do mesmo normativo [Damos como exemplo o Ac. do STJ de 04.10.94,]. Concordamos com a primeira das posições acima expressas (...)*

Acresce que a conduta culposa da parte pode ser omissiva, pelo que é de atribuir à falta injustificada ao exame os mesmos efeitos que à recusa expressa em se submeter a exame (...)

Tendo em conta que os testes de ADN são como que uma prova plena do ponto de vista científico, (...) aquele que culposamente impede a realização desses exames está a preencher a previsão do nº 2 do art.º 344º, quando determina, nessa hipótese, a inversão do ónus da prova. (...) Caso contrário, o infractor seria compensado pela sua falta de colaboração com o tribunal, com o “risco mínimo” da livre apreciação da sua conduta pelo tribunal. O que é irrelevante, pois, na falta de outra prova objectiva, não se vê como é que o tribunal iria decidir desfavoravelmente a esse infractor, com base unicamente no seu juízo sobre a conduta deste – neste sentido o referido Acórdão do STJ de 23/02/2012, onde o caso é paralelo ao destes autos, com cinco marcações de exame, tendo o réu faltado a todas, duas de forma injustificada e três que justificou, de forma a acabar por concluir-se que pretendia inviabilizar a realização do exame. (...)

Ora, no caso dos autos, (...) o réu faltou por diversas vezes aos exames, sendo que numa delas, não tentou sequer justificar a falta e em outras duas vezes foi impossível a sua

notificação em virtude de o mesmo ter fornecido ao tribunal, (...) uma morada inexistente (...).

Deste modo, há que concluir que a falta de cooperação por parte do réu em submeter-se aos testes de ADN foi intencional, implicando, portanto, uma inversão do ónus da prova.”

Pronunciou-se sobre esta questão igualmente o Tribunal Constitucional, no acórdão 616/98 de 21/10/98, referindo que no que respeita ao exame de sangue forçado, estar-se-á no âmbito da ofensa à integridade física. Ora dando-se a violação do dever de colaboração, com os efeitos decorrentes do art. 519º n.º 2 CPC, a intensidade deste constrangimento para o réu seria tal, que o seu direito à integridade física, nos termos do art. 25º CRP, acabaria lesado.

Acrescenta o TC, que mesmo com os constrangimentos dos arts. 519º n.º 2 CPC e 344º n.º 2 CC, sempre se deverá visar atingir um equilíbrio “*constitucionalmente admissível, na tutela dos direitos em presença.*” E refere ainda, que além do direito do réu à integridade física, está igualmente em causa, o direito do menor à identidade pessoal, consagrado no art. 26º n.º 1 da CRP. Neste contexto, para o TC, a norma do art. 344º n.º 2 CC não se afiguraria arbitrária, se se entendesse limitado o direito do réu à sua integridade física, tendo em conta o objectivo da norma que admitiu o exame de sangue, como meio probatório na acção de investigação da paternidade, assim como os efeitos probatórios da recusa em efectuá-lo e, por outro lado, a mínima ofensa corporal desse exame.

O TC reitera também que a recusa de realização do exame hematológico é ilegítima, por ser um acto essencial à descoberta da verdade, não ser vexatório ou humilhante, ou causador de graves danos, não integrando o n.º 3 do art. 519º CPC. O mesmo tribunal, considerou ainda que a conduta do réu que injustificadamente falta ao exame hematológico, acarreta a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º n.º 2 CC. Contra este ponto de vista, destaca-se a posição de RITA LYNCE DE FARIA¹²⁹, que não considera a recusa do réu como um acto ilícito, por estarem em causa direitos indisponíveis do réu, e não podendo por isso a sua conduta ser considerada culposa (pressuposto fundamental do n.º 2 do art. 344º CC).

A este respeito, acompanha-se a posição de RUI RANGEL¹³⁰, LEBRE DE FREITAS¹³¹ e do TC, devendo tal questão ser abordada na óptica de um conflito de direitos. Da ponderação entre os valores em conflito, ressalva-se a superioridade do benefício para o autor investigador, no sentido da definição da sua identidade biológica, face o constrangimento

¹²⁹Cfr. Rita Lynce de Faria, *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001, p. 53

¹³⁰ Cfr. Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p.300

¹³¹ Cfr. Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 411

probatório sofrido pelo réu, que a qualquer momento poderia provar não ser pai do autor sujeitando-se a um exame pouco invasivo.

Além disso consideram-se preenchidos os requisitos do art. 344º nº 2 CC (culpa e impossibilidade da prova), no caso de recusa de submissão ao dito exame, por adesão aos argumentos de RUI RANGEL e LOPES DO REGO, a este respeito, expostos supra neste trabalho, assim como aos argumentos do primeiro acórdão aqui em análise.

6.2 – O REQUISITO DA IMPOSSIBILIDADE DA PROVA

Nos termos do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 1346/2008-6, de 20-11-2008, relatado por MÁRCIA PORTELA, o autor intentou acção contra J e mulher, I, tendo sido admitido, como interveniente principal provocado, ao abrigo do art. 31º- B CPC, o Condomínio de determinado prédio em Lisboa. O autor pediu a condenação dos réus ao pagamento da quantia de 5.100.000\$00, referente a 51 meses de renda, e à realização de obras, que eliminassem os factores, que levavam a que as águas do ralo escorressem para o seu prédio e se infiltrassem na parede da sua loja.

O autor alegou ser proprietário de um prédio em Lisboa, que integra uma loja, e que os réus são proprietários de uma fracção autónoma no prédio contíguo ao seu. Desta fracção faz parte integrante uma plataforma em cimento, onde existe um ralo para escoamento de águas pluviais e de limpeza, parte das quais, por deficiência de construção ou entupimento do tubo, se infiltram na parede da sua loja provocando vários danos.

Acrescenta que levou a cabo diversas obras que não eliminaram as infiltrações, não tendo conseguido evitar o aparecimento de salitre, queda de azulejos, deteriorações na pintura e a formação de manchas provenientes da humidade. Estes factos impediram o arrendamento da loja, que esteve devoluta desde Novembro de 1995 a Fevereiro de 2000 (inclusive). Só a arrendou em princípios de 2000, depois de ter procedido a diversas obras, designadamente a construção de uma parede falsa com um dreno. Além disso, refere o autor que há cerca de um mês, apareceram novamente sinais de infiltrações, manchas de humidade e os azulejos voltaram a cair, o que gerou reclamação da inquilina, que no local instalou um cabeleireiro.

Os réus, que em dada altura haviam feito obras de reparação no terraço, contestaram, tendo sido proferida sentença, declarando improcedente a acção na 1ª Instância. Inconformado, o autor recorreu, pedindo a alteração da resposta à matéria de determinados artigos da base instrutória, com fundamento na inversão do ónus da prova. Segundo o recorrente, ocorre inversão do ónus da prova, pelo facto de os recorridos, ao efectuarem obras no terraço, terem criado uma dificuldade intransponível para a prova, destruindo as evidências

das infiltrações. Assim, caberia aos recorridos provar que as infiltrações não existiram, ou que não foram ocasionadas pelos defeitos existentes no terraço, a precisar de obras.

Segundo o tribunal da Relação, não se encontravam preenchidos os pressupostos do nº 2 do artigo 344º CC, nomeadamente no que diz respeito à culpa, pois «(...) *sempre se dirá que os recorridos são livres de fazer as obras que entenderem na sua propriedade (...). A este propósito afigura-se pertinente transcrever as palavras do recorrente: “O A. não diz nem afirma que os RR. fizeram as obras para esconder as infiltrações. Eles fizeram as obras para acabar com as infiltrações. Mas esse acto teve uma consequência em termos de prova. Ora, precisamente, trata-se de situação em que a prova temporal deixou de ser possível por efeito da acção dos RR. e que aproveitou aos RR..”*»

Segundo o acórdão: “*Refira-se ainda que, como tem sido afirmado pela doutrina e jurisprudência maioritárias, a excessiva dificuldade de prova não leva à alteração das regras gerais do ónus da prova. Segundo Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, pg. 203*”, não permitindo estes elementos alterar as respostas aos artigos em causa da base instrutória.

No âmbito deste título, também merece especial atenção o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 31156/10.3YIPRT.C1, de 19-12-2012, relatado por HENRIQUE ANTUNES, referente a um apelo da sentença do Tribunal Judicial da Comarca de Viseu, que tinha julgado parcialmente procedente a acção especial para o cumprimento de obrigações pecuniárias, resultante da reconformação de procedimento de injunção, requerido pela autora, Unipessoal, Lda.. Condenou a ré a pagar a esta, a quantia de € 5.443,22, acrescida de juros de mora, vencidos e vincendos, até integral pagamento, sendo estes contabilizados, desde a data de vencimento de cada uma das facturas constantes dos factos provados, até ao efectivo pagamento.

A ré/recorrente pede no recurso, a sua absolvição do pedido, ou subsidiariamente a dedução aos € 5.441,25, do valor de € 940,00, relativo a uma das facturas, e a condenação da recorrida por litigância de má fé, em multa a favor da recorrente.

Sustenta também a recorrente, que o ónus da prova do pagamento se deve inverter, passando a competir à recorrida a prova do contrário, por esta não haver junto os respectivos talões.

Em resposta, refere o tribunal da relação de Coimbra, que no entanto, a recorrente não alegou a notificação da recorrida, para apresentar os referidos talões, faltando logo aí uma condição da inversão. No entanto, mesmo que se tivesse verificado uma recusa censurável, a recorrente não ficaria impossibilitada ou com grave dificuldade de cumprir o ónus da prova. Poderia usar qualquer outro meio de prova legalmente admitido (arts. 341º e 345º do CC), não

constituindo o pagamento, um facto de prova vinculado e sendo admissível a sua prova por qualquer meio legal, ou contratualmente admissível, ou não excluído por convenção das partes. À recorrente sempre seria possível livrar-se daquele ónus, através da produção de outra prova documental, ou da prova pericial ou da prova pessoal, por confissão ou por testemunhas.

Note-se que a parte que impossibilitou a prova, passa a ficar onerada com a demonstração da não verificação do facto, segundo o artº 519 nº 2, 2ª parte do CPC, e 344 nº 2 do CC. Efectivamente, a lei é terminante na exigência de que a contraparte tenha tornado impossível a prova pelo onerado. O que, segundo o tribunal da relação de Coimbra, nesta decisão, implicaria que a prova que foi inviabilizada fosse a única possível para demonstrar o facto. Ressalva no entanto o acórdão, que a jurisprudência mostra mais flexibilidade, equiparando a impossibilidade à grave dificuldade da prova. O tribunal acrescenta, “*o ónus da prova do facto do pagamento do preço vincula a recorrente. A recorrida está apenas adstrita a um ónus da contraprova. Ónus da contraprova e não da prova do contrário: basta-lhe tornar incerto o facto discutido e não tornar certo não ser verdadeiro o facto já demonstrado (artº 346 do Código Civil).*”

O tribunal frisa que a ré poderia igualmente, para provar o pagamento, ter usado a quitação¹³², declaração do credor para evitar o pedido de novo cumprimento, que o devedor tem todo o interesse em obter para realizar esta prova. A lei reconhece-lhe mesmo um verdadeiro direito de a exigir, no momento do cumprimento ou posteriormente à sua realização, e estabelece a forma pela qual deve ser processada (normalmente o recibo ou a factura), declarando a licitude do incumprimento por parte do devedor, enquanto a quitação não for dada (artº 787 nºs 1 e 2 do CC).

Independentemente do exercício do direito de exigir a quitação, o devedor prudente e ordenado, cumprirá de forma a gozar de prova documental como “*cheque, transferência bancária (...)*”. Tal, segundo o acórdão, deve exigir-se “*ao devedor que, exerça profissionalmente uma actividade comercial e seja sujeito de uma obrigação de contabilidade*”. Caso não adopte essa cautela, poderá ter de se livrar do ónus da prova que o vincula, por recurso a meios de prova menos fiáveis, como a prova testemunhal.

Daqui se depreende que, apesar de haver uma flexibilização jurisprudencial, para que se dê uma inversão do ónus da prova, exigindo-se meramente a grave dificuldade¹³³, continua a prevalecer a necessidade da ocorrência de uma impossibilidade da prova.

¹³² declaração do credor, demonstrativa do recebimento da prestação - que o devedor observará esse ónus da prova, sobretudo quando estiverem em causa obrigações pecuniárias ou de prestação de coisa.

¹³³ Para uma corrente jurisprudencial.

Destaca-se a opinião de RUI RANGEL, que defende a necessidade da não existência de qualquer outro meio de prova, susceptível de dar como provada a pretensão do autor (requisito da impossibilidade). Ora, verificando-se que num número significativo de casos, a improcedência da inversão do ónus da prova, é motivada precisamente pela não verificação do requisito da impossibilidade, considera-se que deveria haver uma maior flexibilização neste aspecto. Porquanto, em muitos casos, pese embora a existência de outros meios de prova, o meio impossibilitado pode ser decisivo para provar a pretensão da parte onerada.

Doutrinalmente determina-se que a dificuldade da prova não pode levar à sua inversão, devendo aplicar-se a regra geral do 342º CC, quando não haja disposição legal que expressamente determine a inversão do ónus da prova. Além disso, o 344º CC, como já se disse¹³⁴, constitui uma enumeração taxativa, não devendo, por razões de certeza e segurança jurídicas, aplicar-se o mecanismo de inversão do ónus da prova, a outros casos, além dos aí enumerados.

Todavia, há outros aspectos que merecem ponderação. Veja-se o exemplo de uma situação em que se verifique a frustração de prova documental, e o autor tenha de recorrer a prova menos fiável, por exemplo testemunhal, para provar a sua pretensão. Aqui não se verifica ofensa ao princípio da proporcionalidade, com a inversão do ónus da prova. Note-se também que no caso de recusa de submissão a exame hematológico do investigado, em acção de investigação da paternidade, a inversão do ónus da prova justifica-se pela fiabilidade oferecida pelo dito exame e inexistência de outros meios igualmente fiáveis para, em juízo, determinar a paternidade. Nestes casos há uma atitude culposa da contraparte, que conduz a uma situação de impossibilidade da produção de prova.

No caso em que se frustrar prova de elevada fiabilidade, por exemplo documental, não obstante a existência de outros meios de prova menos fiáveis, como a testemunhal, pode-se, mediante a verificação de certas especificidades, considerar que há uma verdadeira impossibilidade de prova para a parte onerada. Nestes casos, os grandes obstáculos à aplicação da inversão do ónus da prova, sempre seriam a necessidade de certeza e segurança jurídica, não podendo o julgador inverter o ónus da prova por recurso, por exemplo a presunções judiciais. Constitui também o art. 344º nº2 CC, uma norma excepcional, apresentando uma enumeração taxativa, que não consente o recurso a inversões do ónus da prova, fora dos casos previstos na lei. A este propósito também se deve atender ao princípio da proporcionalidade das sanções.

Assim, sem estarmos perante um caso concreto ou factualidade específica, seria difícil em abstracto, sustentar a inversão do ónus da prova, quando além da prova frustrada pelo

¹³⁴ Título 3.2, art. 344º nº1: *Uma Enumeração taxativa* prgf. 1 e 2, p. 17 e 18

adversário, a parte apresenta outros meios de prova. Não obstante, uma visão tão restritiva como a de RUI RANGEL, pode levar à ocorrência de situações injustas do ponto de vista material.¹³⁵

No respeitante ao segundo acórdão analisado neste título, não se considera que o mesmo tenha estado bem quando refere que a recorrente não se encontra impossibilitada de cumprir o ónus da prova, pois poderia usar qualquer outro meio de prova legalmente admitido (artºs 341 e 345 do CC), não constituindo o pagamento, um facto de prova vinculado, e sendo admissível a sua prova por qualquer meio legal ou contratualmente admissível, ou não excluído por convenção das partes. De facto, o acórdão frisa que à recorrente sempre seria possível a produção de outra prova documental, ou da prova pericial ou da prova pessoal, por confissão ou por testemunhas. Justificando a inexistência de impossibilidade, como o Tribunal aqui faz, com o facto de a prova do pagamento não ser vinculada, no limite, até no caso dos exames hematológicos a prova não seria vinculada, podendo sempre recorrer-se igualmente a prova testemunhal por exemplo. O que é essencial é que haja por parte do tribunal uma apreciação dos meios de prova apresentados em concreto no caso *sub judice*, sua fiabilidade, credibilidade e aptidão para dar uma visão realista sobre a pretensão da parte onerada.

RUI RANGEL refere o assento do STJ de 21/06/83, o qual contraria a jurisprudência que considera necessária, à aplicação da inversão do ónus da prova, além da impossibilidade, a grande dificuldade de prova para a parte onerada. O referido assento não foi sensível à grande dificuldade da prova do investigador da paternidade, a quem considerou pertencer o ónus da prova da exclusividade de relações sexuais da mãe com o investigado, no período legal da concepção. Teria assim o investigador, de provar que a mãe, não tinha tido relações desta natureza com outros homens, o que se apresentava difícil à parte. No entanto, a jurisprudência suavizou as consequências deste assento, bastando ao autor provar que desconhecia qualquer facto, que apontasse no sentido da não exclusividade. Por esse motivo se alargaram as presunções do 1871º CC¹³⁶.

¹³⁵ Sobre a dificuldade de prova não poder conduzir à inversão do ónus da prova, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 406/09.0 TTSTB.E1, de 20-12-2012, relatado por PAULA DO PAÇO, que refere: “*Aliás, a dificuldade de prova dos factos alegados pela autora/recorrente é idêntica à que se coloca em relação à prova da maioria dos factos alegados nas demais acções, não havendo, por isso, fundamento para qualquer inversão do ónus da prova, ao abrigo do estipulado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.*”

Também a este respeito, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 295/10.1TTABT.E1, de 10-01-2012, Relatado por JOÃO LUÍS NUNES.

¹³⁶Rui Rangel, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, pp. 192 e 193

6.3 – CUMULAÇÃO DE SANÇÕES COM EFEITOS PROBATÓRIOS E OUTRAS

A este título, merece atenção o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 771/10.6T2OBR-B.C1, de 05-12-2012, relatado por ALBERTINA PEDROSO. Quanto aos factos subjacentes à decisão, há que fazer um breve relato. Nestes termos, por requerimento datado de 23/04/2012, a apelante requereu ao Tribunal *a quo*, nos termos dos arts. 266.º, n.º 4, e 535.º, ambos do CPC, que mandasse requisitar junto das instituições bancárias que havia referido, as certidões indispensáveis à boa decisão da causa.

Em fundamento do seu pedido, invocou que é reformada e incapaz de suportar os custos deste processo, tendo-lhe sido com tal fundamento, concedido o benefício de apoio judiciário na modalidade de dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo. Acrescentou que tais declarações bancárias, tinham um custo elevado para a sua condição económica, destacando ainda a absoluta necessidade de instruir os autos com os referidos documentos.

Por despacho, o tribunal decidiu o requerimento apresentado nos seguintes termos: «*Não está em causa a emissão de certidões, mas apenas de um documento particular que a cabeça-de-casal enquanto cliente pode e deve obter pelos seus próprios meios junto dos Bancos. Concedo novo prazo de 10 dias.*». Inconformada com este despacho de indeferimento, a cabeça-de-casal interpôs o presente recurso de apelação.

A propósito da requisição judicial de documentos, rege o artigo 535.º do CPC “1 - *Incumbe ao tribunal, por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, requisitar informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objectos ou outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade.*”¹³⁷

Quanto à necessidade da junção dos solicitados documentos, a «*Apelante é cabeça-de-casal em processo de inventário para partilha de bens, na sequência de divórcio, incumbindo-lhe por força do disposto no artigo 2079.º do Código Civil a administração dos bens, até à sua liquidação e partilha. Assim, “desde o início do inventário até à sua últimação, é o cabeça-de-casal quem vai fornecendo os elementos necessários para que ele prossiga sem obstáculos e é de sua fonte que se recolhem os informes por onde há-de regular-se a partilha, finalidade objectiva do inventário iniciado.*»

Trata-se de qualidade que constitui um direito da pessoa a quem legalmente incumbe o cargo (artigo 2080.º do CC), isto na medida em que a lei lhe reconhece uma posição privilegiada no decurso do inventário (v.g. artigos 2087.º a 2093.º do CC), sendo, porém, também um encargo obrigatório, porquanto o cargo é, regra geral, gratuito (artigo 2094.º do

¹³⁷ Isto porquanto não é lícito realizar no processo actos inúteis, por força do disposto no artigo 137.º do CPC.

CC), e não é transmissível (artigo 2095.º do CC), só lhe sendo permitida a escusa nas situações muito particulares referidas no artigo 2085.º do CC.”.

Tendo a cabeça-de-casal sido notificada pelo juiz, para juntar aos autos o documento comprovativo do saldo das contas bancárias, reportadas à data do divórcio, e destinando-se o inventário à partilha dos bens do extinto casal, é evidente a necessidade de tais documentos para apuramento do activo e passivo existente nas mesmas contas à data do divórcio. Esta situação foi considerada pelo tribunal *a quo*, uma vez que este notificou a cabeça de casal, para efectuar a respectiva junção, por entender que a mesma era necessária para o apuramento da verdade (art. 265.º, n.º 3, do CPC).

Neste caso, o Tribunal entendeu que, por não ter apresentado os documentos que lhe foram solicitadas, a notificada incorreu no disposto no artigo 529.º do CPC, o que significa que, em face do preceituado no artigo 519.º, n.º 2 CPC, é condenada em multa, à qual se acrescenta a sanção com efeitos probatórios, da livre apreciação pelo tribunal do valor da recusa. Isto sem prejuízo da inversão do ónus da prova, decorrente do estatuído pelo artigo 344.º, n.º 2, do CC. Assim sendo, não estamos perante uma faculdade da parte, mas de um verdadeiro dever processual, cujo incumprimento, acarreta consequências processuais gravosas.

Torna-se também pertinente para o tema, atentar no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 1292/99, relatado por MONTEIRO CASIMIRO, segundo o qual “ *A recusa ilegítima de colaboração com o tribunal para a descoberta da verdade, no caso de o recusante ser terceiro, está sujeita a multa, sem prejuízo dos meios coercitivos permitidos pelo nosso sistema legal; No caso de o recusante ser parte no processo, a sanção aplicável situa-se, exclusivamente, no campo da prova. Por isso, não é possível obrigar o réu a sujeitar-se a exame hematológico, se o mesmo se recusar a fazê-lo, ficando apenas sujeito a que o Tribunal aprecie livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, com eventual inversão do ónus de prova.*”

Veja-se também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 161/08.0TBOFR-F.C1 de 20-06-2012, relatado por ARTUR DIAS. Segundo esta decisão, após o despacho que requereu a colaboração da ré, esta informou o tribunal de “ *que frustrada a sua expectativa e as condições em que deu o seu assentimento à feitura daquele exame, com a prolação daquele despacho, não se disponibilizará a comparecer nem a fazer comparecer o menor para aquele efeito*”. A colaboração que lhe estava a ser pedida, tinha a ver com a circunstância de o menor, cujo material biológico era indispensável à realização de exame para apuramento da paternidade, lhe estar entregue. O tribunal tentou depois a colaboração da curadora especial, que era a mãe da ré, avó materna do menor. Também esta não colaborou.

Mas para defesa dos direitos do menor, e com vista a terminar a indefinição da sua paternidade, o tribunal recorreu ao Ministério Público, mandando oficiar à “*Directora de Turma do menor P... e ao estabelecimento de saúde da área da sua residência para que, em articulação, procedam à colheita de material biológico requerida (...)*”. E, como decorre do despacho sob recurso e é admitido pela recorrente, esta dirigiu cartas aos colaboradores processuais, cuja participação foi suscitada pelo Tribunal, procurando inviabilizar a colheita do material biológico, não dando explicação para tal actuação, quando notificada para tanto.

O acórdão refere que, por um lado, a colheita de material biológico para realização da perícia relativa à paternidade do menor, não tem necessariamente de passar pela recolha de sangue, sendo que actualmente, há outro material biológico mais fácil de colher, e relativamente ao qual mal se perceberá que alguém oponha obstáculos. Por outro lado, acrescenta o tribunal, a autorização para que a colheita do material biológico seja feita, não compete apenas à mãe mas também ao pai, que até que outra coisa seja decidida com trânsito em julgado, ainda é o autor, tendo assim uma palavra a dizer. Aliás, havendo desacordo entre os pais, a decisão definitiva acabaria por caber ao tribunal, que, no caso, a tomou.

Nestas circunstâncias, a actuação da ré enquadra-se na previsão do nº 2 do artº 519º do CPC¹³⁸. Não procede, para o tribunal da relação, a defesa da recorrente, ao alegar que, sendo o recusante parte, não há lugar à aplicação de multa, ficando-se a sanção pelas consequências a nível probatório.

O tribunal reitera desta forma, que a melhor interpretação da norma legal em causa (art. 519º do CPC), é a de que a recusa da colaboração devida seja, sem prejuízo dos meios coercitivos possíveis, sancionada com multa, sendo o recusante parte ou terceiro. E a essa sanção acrescem, sendo o recusante parte, as consequências para efeitos probatórios, referidas no segundo segmento da norma¹³⁹.

Daqui conclui o tribunal da relação, que a condenação da recorrente em multa, se situa no âmbito da previsão do artº 519º, nºs 1 e 2 do CPC, pelo que dela só caberia recurso, se estivessem verificados os requisitos do artº 678º do mesmo diploma legal. Nomeadamente se, como exige o seu nº 1, o valor da causa fosse superior à alçada do tribunal de comarca, e a sucumbência, que aqui corresponde ao montante da multa, excedesse metade da dita alçada.

¹³⁸ Disposição segundo a qual “*Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do artigo 344º do Código Civil.*”

¹³⁹ Com efeito, como escreve e justifica Lebre de Freitas em anotação à disposição legal em análise, “*não é (...) hoje defensável que a multa só é aplicável a terceiros, enquanto a parte só pode ficar sujeita a consequências probatórias; (...)*”

Assim, sendo indiscutível que o valor da acção excede a alçada do tribunal de comarca, sucede, contudo, que o valor da multa/sucumbência, não excede a metade dessa alçada.

Por fim, ainda neste âmbito, cabe atentar no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo nº 1543/05, de 22-09-2005, relatado por FERNANDES DA SILVA, tratando-se a questão colocada no recurso, a de saber se foi feito uso incorrecto da inversão do ónus da prova, prevista no n.º2 do art. 344º do CC, ao não se ter considerado provada a prestação de trabalho em feriados e dias de descanso semanal e complementar, alegada pelo autor, tendo-se julgado improcedente o respectivo pedido.

Pretextua o recorrente, que se está perante uma situação de inversão do ónus da prova e que, por isso, caberia à ré fazer a prova de que o autor não realizou trabalho nos dias em causa, já que no processo tudo fez para impossibilitar ao autor, a apresentação dos meios de prova, dos factos por si alegados. Quando se pretenda fazer uso de documento em poder da parte contrária, o interessado requererá a sua notificação, para apresentar o documento, dentro de prazo que for designado (art. 528º do CPC).

O autor/recorrente, desde cedo manifestou essa disposição, tendo a ré juntado espontaneamente alguns documentos. Foi depois expressamente notificada para juntar os documentos requeridos pelo autor, na resposta à contestação (os discos de tacógrafo e os relatórios de viagem utilizados e referentes ao período em que se manteve ao seu serviço).

A ré veio informar que apesar de todas as diligências para localizar os discos em causa, tal não foi possível. Admitindo que pudessem ter sido furtados, apresentou participação criminal. Quanto aos relatórios de viagem, declarou que os mesmos não são feitos. Foi junta cópia do despacho de arquivamento da queixa-crime.

O autor, invocando a extrema importância para a prova da sua pretensão, requereu de novo a notificação da ré, para vir efectuar a junção dos registos, sem prejuízo da inversão do ónus da prova a que alude o art. 344º/2 do CC.

Veio a ré expor, que os relatórios de viagem não eram então elaborados e que, relativamente aos discos de tacógrafo, os mesmos teriam desaparecido do seu escritório, como já dera conhecimento ao tribunal, tendo participado criminalmente por suspeitas de que o próprio autor tivesse cometido o furto, e acrescentando que do resultado da investigação do MP, já tinha também dado conhecimento, *“donde se retira a conclusão da reiterada impossibilidade de juntar tais discos, pela simples razão de que os não possui.”*. (sublinhado nosso)

O tribunal da relação concluiu, na decisão em análise, que não assiste razão ao recorrente, visto que na sequência da notificação feita, nos termos previstos no n.º2 do art. 528º do CPC., a ré veio justificar a não junção dos documentos. Não seria por isso caso de

aplicação imediata da cominação, a que alude o n.º 2 do art. 519.º, ‘*ex vi*’ do art. 529.º ambos do CPC, por não poder concluir-se pela existência de recusa de colaboração.

Esta decisão da relação, como outras que existem, divide a previsão do art. 519º nº2 em duas situações, cujas cominações diferem: a) a recusa de colaboração de terceiros, para a qual se prevê a imediata condenação em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; b) ser o recusante parte na causa, caso em que o Tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, como regra geral, sem prejuízo da inversão do ónus da prova, preceituado no n.º2 do art. 344º do CC.

Pese embora o teor das decisões no sentido *supra* enunciado, entende-se que a melhor interpretação é a possibilidade de cumulação das sanções, caso contrário, uma atitude culposa da parte que não causasse impossibilidade da prova, sairia penalizada, apenas com o risco mínimo de livre apreciação do tribunal. Além disso, não haveria forma de sancionar a falta de colaboração, sendo que, se não se verificasse que a parte tinha adoptado a atitude não colaborante, por reechar o resultado da prova, esta falta de cooperação ficaria por sancionar. Atente-se assim em que, mesmo com mera negligência, há falta de cooperação digna de sanção, por ter a contraparte impossibilitado a prova à parte onerada, e pelo incumprimento dos deveres de cuidado que advêm do princípio da cooperação.

Verificada a situação de escusa do notificado, como no caso do último acórdão analisado, prevê o art. 530.º CPC duas hipóteses: Ou o notificado declara que não possui o documento, podendo então o requerente vir provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade (segundo o n.º1 do art. 530º CPC); ou o notificado assume que possuiu o documento. Neste último caso, se não o apresentar, a única possibilidade que tem, para eximir-se ao efeito previsto no n.º2 do art. 344º do CC, é a de demonstrar que sem culpa sua, ele desapareceu ou foi destruído (segundo o n.º2 do art. 530º CPC). Entende-se o que pretendeu o legislador: Se a parte possuiu o documento e agora não o apresenta, há-de demonstrar porque não o faz. Sem esta, ou outra exigência coercitiva semelhante, fácil seria frustrar o objectivo da lei e o alcance do dever de cooperação para a descoberta da verdade, proclamado no art. 519.º nº1 do CPC.

Noutro ponto desta decisão, encontra-se parte do relevo para o presente estudo: “*Resta saber – e reconhece-se que a resposta envolve o seu melindre e sempre terá de ser casuística – como pode (e até onde pode) demonstrar-se eficazmente que, sem culpa da parte, o documento desapareceu ou foi destruído. Bastará para o efeito – e a posteriori, como fez a notificada/R... – apresentar uma participação-crime contra um suspeito (ou até contra desconhecidos), e juntar depois o despacho de arquivamento do MºPº, para cumprir a falada exigência legal?*”

Reconhecendo que, em tese, até possa ser verosímil a pressuposição da R. (...), entendemos resultar da Lei interpretanda – desde logo da letra e, como cremos, também do seu espírito – que a prática daquela formalidade/participação ao M^oP^o não satisfaz a exigência normativa”

Segundo o tribunal, na apreciação do recurso em análise, o notificado que tenha possuído o documento, e que pretenda eficazmente eximir-se ao efeito previsto no n.º2 do art. 344.º do CC, tem que demonstrar (ou seja, alegar e provar) que, sem culpa sua, o documento desapareceu ou foi destruído.

No entanto, diz expressamente o n.º2 do art. 344.º do CC, que há inversão do ónus da prova, quando a parte tiver culposamente, tornado impossível a prova ao onerado. Segundo o tribunal da relação, o autor não alegou, ser o uso de tais documentos, a única prova possível para demonstração do direito peticionado. Referiu apenas serem de extrema importância para a prova da matéria alegada. Não obstante, foi por si oferecida outra prova (v.g. testemunhal), sobre a referida matéria.

Mais uma vez, consideramos que o tribunal incorre no erro de, apenas por terem sido oferecidos outros meios de prova, considerar automaticamente que não se dá a impossibilidade da produção de prova para a parte. Como tal defende-se, que a parte não tem de alegar que este é o único meio possível para fazer a respectiva prova, devendo apenas alegar que este é um meio essencial, para a prova da sua pretensão. O tribunal deveria, desta forma, ter apreciado a utilidade dos documentos, para a descoberta da verdade material, nos termos em que foi descrito *supra* neste trabalho¹⁴⁰.

Considerou o tribunal da relação, pouco normal que o autor não mencionasse em que elementos se apoiou, para somente de memória, inventariar todos os dias de descanso e feriados, em que teria prestado trabalho suplementar, tendo em atenção o grande lapso de tempo a que se reporta.

Note-se que aqui, o tribunal nada refere sobre o facto de as testemunhas demonstrarem ou não, ter um sólido conhecimento sobre a frequência, com que o autor prestava os seus serviços. Parece que neste, como noutros casos, o tribunal, ao ver que o autor tinha juntado outros meios de prova, considerou sem atender a qualquer outro aspecto, não preenchido o requisito da impossibilidade da prova, pese embora a não colaboração da ré.

Neste caso, considera-se que a apreciação feita pelo Tribunal, desfavorece o apuramento da impossibilidade da produção da prova, por parte do autor. Por outro lado o autor, além de referir que a prova cuja junção se requeria, era de extrema importância, deveria tê-lo justificado. O que poderia ter feito, enfatizando que as testemunhas, teriam pouco

¹⁴⁰ Título 4.3 *O requisito da impossibilidade da prova*, p. 28, prgf. 11

conhecimento da frequência com que desenvolvia a sua actividade, sendo a prova documental que requeria, essencial, por registar com precisão, as datas de realização de trabalho suplementar, além de as definir com menor grau de falibilidade.

O autor, reagindo às referências feitas na contestação, relativas à estranheza do seu conhecimento sobre as datas em que havia desempenhado trabalho suplementar, limita-se, “*laconicamente*”, segundo o tribunal da relação, a dizer “*que entregava à R., como lhe competia, os discos de tacógrafo que utilizava, os quais nunca foram por aquela postos em causa*”.

Segundo o tribunal, o autor poderia então ter alegado a “*inexistência de outros meios de prova*”, para além dos documentos de que pretendia fazer uso, e “*da sua imprescindibilidade*”, para o efeito pretendido, explicando, por exemplo, com base em que elementos, alcançara a liquidação do pedido na Petição Inicial... “*Assim, por tudo isto, não pode concluir-se que a actuação da R. tenha tornado impossível a prova ao onerado, embora se aceite logicamente que a não tenha facilitado.*”.

De facto, o acórdão refere que além da inexistência de outros meios de prova, o autor deveria ter alegado a sua imprescindibilidade. No entanto, poder-se-á questionar, se o tribunal, não deveria também ter apreciado da sua imprescindibilidade. Considera-se que sim, além da impossibilidade, por inexistência ou não de outros meios de prova, há também que ponderar a imprescindibilidade do meio de prova cuja utilização foi prejudicada. Embora ambos os conceitos se relacionem, a inexistência de outros meios, não nos parece ser “*conditio sine qua non*” da imprescindibilidade de um meio de prova, para a eficaz prova em juízo da pretensão da parte.

Os tribunais parecem, na aplicação do art. 344º nº2 CC, interpretar restritivamente o conceito de impossibilidade. Note-se igualmente que a aplicação das consequências probatórias elencadas no nº2 do art. 519º CPC (a livre apreciação da recusa pelo julgador, assim como a inversão do ónus da prova), constitui um poder-dever do tribunal, como órgão da administração da justiça e garante da observância do princípio da cooperação no processo, como já foi dito *supra*¹⁴¹. Desta forma, ainda que a parte não tivesse alegado a imprescindibilidade dos documentos para a prova da sua pretensão, alegando apenas a sua extrema importância, caberia ao tribunal, oficiosamente, apurar da verificação dessa imprescindibilidade. Isto na medida em que, tendo ao seu alcance os meios de prova presentes nos autos, sempre lhe seria possível apurar se se verificavam no caso, as condições de aplicação do art. 344º nº2 CC.

¹⁴¹ Título V, O art. 344º nº 2 CC e o Princípio da Cooperação prgf. 24, p. 39

Quanto ao estado da jurisprudência sobre a necessidade de cumulação das sanções probatórias, com outras sanções, cabe apenas dizer que a jurisprudência se divide, embora nos pareça que a melhor interpretação passa pela possibilidade de cumulação das sanções. Caso contrário, uma atitude culposa da parte, que não causasse impossibilidade da prova, sairia penalizada apenas com o risco mínimo de livre apreciação do tribunal. Além disso, não haveria forma de sancionar a falta de colaboração da parte, se não se verificasse que esta atitude se tinha fundado no receio do resultado da prova. Atente-se que, mesmo com mera negligência, há falta de cooperação digna de sanção, por ter a contraparte impossibilitado a prova à parte onerada, e pelo incumprimento dos deveres de cuidado, que advêm do princípio da cooperação.

6.4 – O ÓNUS DA PROVA E O ÓNUS DA CONSERVAÇÃO DE MEIOS DE PROVA (DA PARTE)

Em vários acórdãos analisados constatámos que, para apreciar a bondade da aplicação da sanção da inversão do ónus da prova, o tribunal referiu que o requerente da inversão, deveria ter cumprido certas diligências ao seu alcance, para que não visse a prova da sua pretensão, dificultada em juízo, como o pedido de um recibo, quitação, ou conservação de um documento. Assim sendo, poderia dar-se o caso de a parte beneficiar de uma situação de impossibilidade objectiva de produção da prova, para a qual também contribuiu, ao não ter cumprido as diligências que estavam ao seu alcance. Deste modo poderia prejudicar segurança da sua prova e a consolidação da sua posição, em determinada relação jurídica.

Note-se que, embora na prática, tal situação seja difícil de se verificar, poderia acontecer que a parte propositadamente, não tivesse requisitado um meio que lhe facilitasse a prova dos seus direitos, por precisamente não os ter, e para depois fraudulentamente, vir alegar em juízo direitos que não possui, beneficiando do instituto da inversão do ónus da prova.

Compreende-se assim que tal seja levado em conta pelo tribunal, quando aprecia a possibilidade de aplicação desta sanção, visto que o seu conhecimento dos factos em juízo, é limitado aos meios de prova que se encontram nos autos. Como tal, se o autor, por exemplo, alega uma pretensão que o tribunal não sabe se corresponde à verdade, por não ter elementos que o demonstrem, e, ainda para mais, tendo em conta que o autor poderia ter assegurado a sua invocação em juízo, e não o fez, compreende-se que o tribunal seja cauteloso. Visto que esta inversão pode determinar um diferente curso para a acção, que pode acarretar grave prejuízo para a parte sancionada. Note-se que o art. 344º nº2 CC apenas será aplicado, pressupondo-se uma situação anormal, que ditará, de forma excepcional uma inversão das regras do ónus da prova, em caso de falta de colaboração de uma das partes. Desta forma, se o tribunal estiver em dúvida sobre os requisitos da sua aplicação, deverá seguir a regra geral de

repartição do ónus da prova do art. 342º CC, determinada para facilitar uma justa distribuição deste ónus, que favoreça o apuramento da verdade material.

Além de que, como referido supra neste título, se há impossibilidade da prova, no caso de o requerente da inversão, não a ter assegurado, tal pode dever-se em parte, ao adversário não cooperante em juízo. No entanto, tal situação de impossibilidade objectiva da prova, foi também causada pela própria parte onerada, que não exerceu um direito que tinha, para assegurar a prova da sua pretensão (v.g. não pediu a quitação). Ora é exigida a causa-efeito, entre a conduta culposa da contraparte e a impossibilidade objectiva da produção da prova para a parte onerada. No caso em que a parte não conservou um meio de prova da sua pretensão, a causa da impossibilidade não se deve apenas (embora também) à conduta da contraparte. De facto, a situação de impossibilidade da produção de prova, tem também como causa, a conduta omissiva da própria parte onerada com a prova, que tinha o ónus de obter os meios que lhe permitiam assegurar a sua pretensão em juízo. Assim, bem se compreende que o tribunal pondere este factor.

Como exemplos de que o tribunal valorou este aspecto, apresentam-se algumas decisões. Em primeiro lugar, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 31156/10.3YIPRT.C1, de 19-12-2012, relatado por HENRIQUE ANTUNES¹⁴². O tribunal frisa, como já se disse e repete para efeitos de clareza, que a ré poderia igualmente, para provar o pagamento, ter usado a quitação (declaração do credor, demonstrativa do recebimento da prestação). Esta declaração do credor, visa evitar o pedido de novo cumprimento, que o devedor tem todo o interesse em obter para realizar a prova. A lei reconhece-lhe mesmo um verdadeiro direito de a exigir, no momento do cumprimento, ou posteriormente à sua realização, e estabelece a forma pela qual deve ser processada – normalmente o recibo, ou a factura – e declara a licitude do incumprimento por parte do devedor, enquanto a quitação não for dada (artº 787 nºs 1 e 2 do CC).

Reitera o tribunal, nesta decisão, que independentemente do exercício do direito de exigir a quitação, o devedor prudente e ordenado, cumprirá de forma a gozar de prova documental, como “*cheque, transferência bancária (...)*”. Tal, segundo o acórdão, deve exigir-se “*ao devedor que, exerça profissionalmente uma actividade comercial e seja sujeito de uma obrigação de contabilidade*”. Caso ele não adopte essa cautela, poderá ter de se livrar do ónus da prova, que o vincula, por recurso a provas menos fiáveis como a prova testemunhal.

Veja-se também neste âmbito o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 1325/03.9TBTNV.C1, de 18-05-2010, Relatado por ARLINDO OLIVEIRA. Segundo a

¹⁴² Já referido no presente trabalho, título 6.2 *O Requisito da Impossibilidade da prova*, prgf. 7 p. 46

apreciação do Tribunal da Relação, poderia a ré demonstrar que determinado cheque se destinou ao pagamento da quantia mutuada, através de qualquer meio de prova, incluindo testemunhal (a qual foi produzida sobre este facto). Acrescenta ainda, ao fundamentar a sua decisão, que a própria ré deveria ter exigido ao autor, no momento do alegado pagamento, que lhe emitisse declaração disso demonstrativa. O que não pode, segundo a relação, é pretender depois obter a inversão do ónus da prova, com os fundamentos que invocou. Assim sendo, o tribunal da relação não deu por demonstrado, através da figura da inversão do ónus da prova, que o cheque referido na base instrutória foi “*para crédito da declarada dívida*”.

Também neste tema, merece referência o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 4258/07.6TVLSB.L1-6, de 03-12-2009, relatado por FÁTIMA GALANTE. Segundo tal decisão, o autor apresentou documentos, que além de não validados pela ré, nenhuma das testemunhas pôde afirmar já ter visto, ou que foram aqueles que o autor fez chegar à ré. A ré juntou ainda aos autos, as folhas de registo assinadas pelo autor, respeitantes aos meses de trabalho em questão, revelando diferenças relativamente às folhas de registo juntas pelo com a petição inicial. Afirma a relação que, sentindo-se injustiçado nos pagamentos do trabalho que alega ter prestado, o autor devia ter exigido um recibo da folha que entregava, como comprovativo das tarefas que a empresa considerava validadas.

Por último, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 401/04.5TBVVD-A.G1, de: 20-05-2010, relatado por ANTÓNIO SOBRINHO. Segundo esta decisão, o tribunal considera que se pode aceitar a impossibilidade, para a executada, da obtenção dos elementos, relativos ao processo de inquérito interno, instaurado contra o gerente da exequente. No entanto, não vê alegado, nem considera resultar dos autos, que possa emergir uma impossibilidade de prova, quanto à outra parte dos elementos cuja junção foi requerida, nomeadamente, a obtenção de elementos relativos aos movimentos bancários, ao contrato de empréstimo junto com a execução (entre a exequente e a executada), e a letra de câmbio, aludida no acórdão em análise. Quanto à executada, reitera o tribunal, tratar-se de uma pessoa colectiva, em regra com contabilidade organizada, e arquivamento de extractos bancários, e de correspondência trocada entre si, enquanto mutuária, e a exequente mutuante. Tal permitia-lhe dispor de cópias desses documentos. Segundo o tribunal, tais elementos, juntamente com a prova testemunhal, não tornariam impossível a prova a que estava obrigada, quanto ao pagamento da obrigação exequenda.

VII – CONCLUSÕES

O art. 344º nº2 CC é um texto normativo típico, que se deve aplicar segundo o método de subsunção dos factos ao enunciado normativo, estando determinados os elementos que

compõem a sua *factispecie*, e tendo o legislador fixado os critérios para a aplicação de uma sanção [no caso em estudo (do art. 344º n.º 2 CC) a inversão do ónus da prova]. Deste modo, apresenta-se como necessária, a existência de uma conduta culposa, que impossibilite a produção de prova, quanto à pretensão da parte onerada.

No âmbito da análise efectuada ao longo deste trabalho, foi possível avançar no entendimento das questões previamente estabelecidas na Introdução, o que se passa a apresentar sucintamente.

Na situação em análise neste trabalho (art. 344º, n.º 2 CC), a *ratio legis*, passa tanto por fundamentos de natureza particular, como pública. Ora os fundamentos de natureza pública, centram-se na necessidade de assegurar um processo equitativo, em que as partes possam ter as devidas oportunidades para fazer valer os seus direitos em juízo. O que lhes estaria vedado se fosse permitido que, sem consequências desfavoráveis, uma das partes pudesse frustrar o recurso da outra, a meios de prova essenciais (para a afirmação em juízo da sua pretensão ou defesa). Está pois em causa, o direito de acesso à justiça, assim com o direito de defesa, constitucionalmente consagrados, e concretizados neste caso, na lei processual, por via do princípio da cooperação.

Assim sendo, considera-se que a sanção da inversão do ónus da prova, se aplicará não apenas em caso de dolo da parte não cooperante, mas também em casos de negligência. De facto, além da situação objectiva, em que a parte impossibilitada de provar a sua pretensão, se encontra, há ainda que ponderar as razões de natureza pública por trás do preceito em estudo.

No limite, defendendo a posição de FREDIE DIDIER¹⁴³, de que do princípio da cooperação, se poderão retirar consequências autónomas directas, sem necessidade de normas que o concretizem, terá de se considerar que deste princípio, assim como do princípio da boa fé, decorrem deveres de conservação dos meios da prova. Deverá pois, ser a parte sancionada pela prática de facto ilícito, caso actue de maneira desconforme a tais deveres. Não obstante a efectivação, por parte do julgador, do necessário juízo de proporcionalidade, determinando se a prova em causa era essencial para a prova do alegado pela parte onerada, e se o prejuízo da parte não colaborante é superior ao benefício que a parte onerada retirará, da aplicação da inversão do ónus da prova.

Note-se ainda a alteração ao art. 530º n.º 2 CPC. A sua redacção actual estipula que “*Incumbe ao notificado que haja possuído o documento e que pretenda eximir-se ao efeito previsto no n.º 2 do art. 344º do Código Civil demonstrar que, sem culpa sua, ele desapareceu ou foi destruído*”. Esta nova redacção com o DL 329-A/95 veio a exigir que, para a ilisão da

¹⁴³ Cfr. Fredie Didier Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, Coimbra, Wolters Kluwer, Portugal, 2010, pp 93 e 94

presunção da posse do documento pela parte, esta demonstrasse a sua falta de culpa (conceito que abrange o dolo e a negligência). Harmonizou-se assim esta disposição com o n.º 2 do art. 344.º CC. Tal parece pôr fim às dúvidas, entre a necessidade de verificação de dolo e/ou negligência, para a aplicação da inversão do ónus da prova. Note-se que ambos os preceitos referem o conceito amplo de culpa, pelo que segundo o art. 9.º n.º 3 CC, na “ (...)fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”.

Os autores que defendem que a negligência, não deve levar à aplicação de tal sanção, apoiam-se sobretudo, no facto de esta se apresentar demasiado gravosa, segundo o princípio da proporcionalidade. No entanto, não parece ser o caso, dada a existência de deveres de conservação da prova que decorrem da boa-fé processual, e do princípio da cooperação. São precisamente estes princípios, que o art. 519.º n.º 2 CPC e o art. 344.º n.º 2 CC pretendem assegurar, pelo que as condutas negligentes devem-se enquadrar na sua previsão. Em todo o caso, mesmo nas situações de negligência, ter-se-á verificado uma infracção dos deveres de diligência, para a conservação da prova¹⁴⁴.

Entende-se que nada na lei, permite que o julgador aplique sem mais, a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344.º n.º 2 CC, aos casos de dificuldade da prova. Esta disposição legal prevê a inversão do ónus da prova, como regra excepcional, apenas para os casos legalmente previstos, não sendo susceptível de aplicação analógica (art. 11.º CC), como já foi visto *supra*, estando o caso de inversão do art. 344.º n.º 2 CC expressamente previsto apenas, para os casos de impossibilidade e não de dificuldade de produção da prova.

A letra da lei aponta também neste sentido, sendo que nos termos do art. 9.º, n.º 3 CC “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

Sob o título que se refere à enumeração taxativa do ónus da prova, abordámos os perigos de uma inversão jurisprudencial ou doutrinária do ónus da prova. Para lá se remete também a este respeito. Além disso, o art. 342.º CC está elaborado de forma a abarcar situações duvidosas.

¹⁴⁴ Um exemplo da consideração jurisprudencial destes deveres de conservação da prova, será o do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo: 3861/2008-6, de 05-06-2008, relatado por FÁTIMA GALANTE, segundo o qual o tribunal reitera que a ré/agravante sabia aquando da sua citação, que o autor tinha manifestado interesse na junção de tais documentos. Ademais, visto as partes estarem em litígio pelo menos desde 2003, e tendo o autor, então, interpelado a ré para lhe pagar os serviços prestados no período de 2000 a 2002, mais se justificava que esta os guardasse, pois sabia-os essenciais para a determinação dos honorários devidos ao autor. Apesar de notificada para proceder à junção, só por insistência do tribunal veio afirmar que os documentos tinham desaparecido.

Note-se ainda a necessidade de recurso ao princípio da proporcionalidade, para ponderar a aplicação de uma sanção gravosa, como a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344º nº2 CC. Daí que se exija na lei, a impossibilidade de prova e não a mera dificuldade.¹⁴⁵

Em caso de dúvida sobre a verificação do requisito da impossibilidade de prova, é julgada tal questão contra o requerente da inversão, a quem cabe provar tal impossibilidade, pois esta é um facto que o favorece nos termos do art. 342º CC, regra geral de repartição do ónus da prova.

Atente-se ainda, no que diz respeito à inversão do ónus da prova, que esta é contemplada no art. 344º nº 2 CC, como sanção para a falta de cooperação. Se considerarmos como faz, parte da jurisprudência e da doutrina, a interpretação do art. 519ºnº2 do CPC, no sentido de não apenas a terceiros, mas também às partes, poderem ser aplicadas outras sanções (como a multa e outros meios coercitivos), compreende-se que a inversão do ónus da prova fique reservada, para casos em que se dê apenas a impossibilidade de produção da prova, por uma questão de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Entende-se que a necessidade de não existência de meios probatórios auxiliares, para que se verifique preenchido o requisito da impossibilidade de prova, não se justifica, pois apesar de um facto poder ser provado por outros meios de prova, o meio a cujo recurso é impossibilitado pela contraparte, poderia ter grande relevância para a formação da convicção do juiz. Acrescenta-se a estes fundamentos o que foi já referido, a respeito da posição de RITA LYNCE DE FARIA, no que respeita à prova, que apenas pode ser produzida mediante um conjunto de meios.

Daqui se infere, que é realmente decisivo, que se trate de um meio probatório com especial fiabilidade e relevância, devendo avaliar o julgador a sua potencialidade para, quando produzido, revelar a verdade material.

Esta interpretação pode concorrer para uma concretização do princípio da cooperação, maximizando a sua efectividade, e indo ao encontro do espírito da lei, razão pela qual considera ser esta a posição a adoptar.

Como ficou patente no estudo jurisprudencial, no que respeita à densificação do requisito da impossibilidade, para aplicação da inversão do ónus da prova, há que referir que muitas vezes, os tribunais se limitam, para justificar a não aplicação da sanção do art. 344º nº2 CC, a referir que a parte apresentou outros meios para a prova do mesmo facto. Os tribunais acabam por não se pronunciar pela utilidade dos mesmos para o apuramento da verdade material, reiterando até, que o facto que a parte onerada visava provar, não é um facto de

¹⁴⁵ Neste sentido, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo: 3861/2008-6, de 05-06-2008, Relatado por Fátima Galante.

prova vinculada, razão pela qual a parte podia ter recorrido a qualquer outro meio de prova. Esta justificação não nos parece suficiente pelos motivos já apontados, parecendo que a sua adopção advém de uma maior comodidade para os tribunais.

À parte ou ao terceiro que viole o dever de cooperar para a descoberta da verdade, será aplicada multa, nos termos do art. 27º RegCustas, sem prejuízo da utilização dos meios de coacção que visem obter a colaboração recusada (veja-se por exemplo os arts. 532º, 537º e 629º/4). Não é por isso hoje defensável, que a multa só seja aplicável a terceiros, enquanto as parte só poderão ficar sujeitas a consequências probatórias.

Todavia, nesse sentido, julgou o tribunal em alguns acórdãos, como se constatou através do estudo jurisprudencial. Além disso, há a notar que, dispunha o CPC de 1939 que “*se se recusarem, serão condenados em multa, sendo terceiros (...); se o recusante for parte considerar-se-ão provados os factos que se pretendia averiguar*”, extraído-se da diferente redacção do CPC de 1961 que assim deixou de ser. Neste sentido se manifesta LEBRE DE FREITAS¹⁴⁶, posição com a qual concordamos.

Além da presunção de culpa estatuída no nº2 do art. 530º CPC, quanto ao notificado que haja possuído o documento, a não apresentação deste, dá ainda lugar à condenação em multa e pode dar lugar a meios coercitivos (arts. 519º/2 e 537º CPC), nomeadamente o da sanção pecuniária compulsória, nos termos do art. 829º-A CC. Também aqui se aplicarão as cominações do art. 519º nº2 CPC em termos probatórios, por remissão feita para este art. pelo art. 529º CPC. Ora se o art. 537º CPC prevê a sanção de multa para a recusa de colaboração, no que diz respeito à requisição de documentos, tanto para as partes, como para terceiros, não se compreende que para os restantes meios de prova, não deva haver essa cumulação entre efeitos probatórios e outras sanções, tratando-se das partes.

Parece que a melhor interpretação, consiste na possibilidade de cumulação das sanções de outra natureza com as sanções probatórias. Caso contrário, uma atitude culposa que não causasse impossibilidade da prova, à parte onerada, sairia penalizada apenas com o risco mínimo de livre apreciação do tribunal. Acresce ainda, que não haveria sanção para a falta de colaboração, se não se verificasse o receio da parte não colaborante, quanto ao resultado da prova. Ficaria assim por sancionar, uma infracção culposa do princípio da cooperação, o que vai contra o espírito da lei. Além de que esta interpretação não maximiza a efectividade do princípio da cooperação, pelo que deve rejeitar-se.

É no contexto do direito à prova, que o art. 344º nº2 CC deve ser analisado, sendo que ao frustrar a possibilidade de um meio de prova essencial à contraparte, há uma diminuição da

¹⁴⁶ Cfr. Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008, p. 440

possibilidade desta provar em juízo a sua pretensão. Assim se lesa o seu direito à prova, que deve ser garantido pela função jurisdicional do Estado.

Daí ser um dever do Tribunal, a aplicação da sanção da inversão do ónus da prova, nos casos em que se vejam preenchidos os requisitos do art. 344º, nº 2 CC. Desta forma, não obstante o legislador pretender, com o princípio da cooperação, potenciar um diálogo entre todos os sujeitos processuais, não se deve ignorar que a natureza pública do processo, implica que a sua direcção caiba ao juiz ¹⁴⁷.

Este dever do Tribunal, de aplicação da referida sanção, caso se verifiquem os respectivos pressupostos, justifica-se igualmente no contexto do princípio da cooperação. Na medida em que, a cargo do tribunal, está o dever de auxílio das partes na superação de dificuldades ao exercício de direitos, ou no cumprimento de ónus e deveres processuais, como ocorre nos casos dos arts. 266º, 4, 519º-A, 1, 837º, 1 e 535º todos do CPC. Em suma, a parte não tem que requerer obrigatoriamente a inversão do ónus da prova, nos termos do art. 344º, nº 2 CC, podendo e devendo o Tribunal, quando verificados os seus pressupostos, aplicá-la.

Sumariando as respostas às questões formuladas na Introdução, dir-se-á que:

Para a aplicação da sanção de inversão do ónus da prova, é necessária a verificação de culpa (dolo ou mera negligência); Não basta a dificuldade da prova para a aplicação da inversão do ónus da prova, sendo necessária a constatação da sua impossibilidade; O conceito de impossibilidade está dependente da avaliação pelo julgador, da utilidade do meio de prova impossibilitado pela parte não colaborante, para o apuramento da verdade material; Quanto à parte sancionada com a inversão do ónus da prova, é legítima a aplicação cumulativa das sanções com efeitos probatórios e outras, quando o julgador assim o considere;

As questões paralelas, mais relevantes, são as seguintes: a) É necessária a notificação da parte, a quem é requerida a junção de determinados documentos, alertando para a possibilidade de aplicação da sanção da inversão do ónus da prova, caso não haja colaboração. b) Existe um dever de conservação dos meios de prova a cargo das partes, que decorre do princípio da cooperação. c) A inversão do ónus da prova deve ser aplicada oficiosamente pelo tribunal, quando se verifiquem os seus pressupostos.

No decurso da análise efectuada, foi possível confirmar o valor da inversão do ónus da prova como instrumento processual, em alguns casos decisivo, para a realização de justiça.

¹⁴⁷Cfr. Hélder Leitão, *Dos princípios básicos em processo civil*, 3ª.ed., ELCLA (Colecção Nova Vademecum, 23), 1999, Porto, p. 206

BIBLIOGRAFIA

CABEZUDO Rodríguez, Nicolás; *la regla de juicio de la carga de prueba y su inversión en el proceso civil*, Revista del poder judicial, Madrid, 3.Época n.52 (Quarto Trimestre 1998)

CAMBI, Eduardo; *O direito à prova no processo civil*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.32v.34(2000)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

CASTRO, Artur Anselmo de; *Lições de processo civil*; coligidos e publicadas por J. Simões Patrício, J. Formosinho Sanches, Jorge Ponce de Leão, Coimbra : Atlântida, 0000-0000

CLERMONT, Kevin M. & SHERWIN, Emily; *A comparative view of standards of proof*, The american journal of comparative law, Berkeley, v.50n.2 (Spring2002)

DENTI, Vittorio; *L'inversione dell'onere della prova : rilievi introduttivi*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, a.46n.3 (Settembre1992)

DIDIER, Fredie Junior; *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português* , Coimbra : Wolters Kluwer Portugal, 2010

DINGWALL, Gavin; *Statutory exceptions, burdens of proof and the human rights Act*, The modern law review, Oxford, v.65n.3(May2002)

GERALDES, António Santos Abrantes; *Temas da reforma do processo civil*, Coimbra, Almedina, 1997-0000

FARIA, Rita Lynce de; *A inversão do ónus da prova no direito civil português: relatório de mestrado de direito processual civil da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, Lex, 2001

FREITAS, José Lebre de; *O ónus da denúncia do defeito da empreitada no artigo 1225. do Código civil : o facto e o direito na interpretação dos documentos*, O direito, Lisboa, a.131n.1-2 (Jan.-Jun.1999)

FREITAS, José Lebre de; *Introdução ao processo civil : conceito e princípios gerais : à luz do código revisto*, 2ª ed. - Coimbra : Coimbra Editora, 2006

FREITAS, José Lebre de; MACHADO, A. Montalvão e PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008

FREITAS, José Lebre de; *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, Março de 2000

GOMES, Manuel Tomé Soares; *Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil*, Revista do CEJ, Lisboa, n.3 (2ºsem.2005), p.127-168

LAGARDE, Xavier; *Finalités et principes du droit de la preuve : ce qui change*, La semaine juridique, Doctrine, Paris, a.79n.17 (avril2005)

LEITÃO, Helder Martins; *Dos princípios básicos em processo civil: Dec.-Lei nº329-A/95, de 12/12 : Dec.-Lei nº180/96, de 25/9*, 3.ed., Porto: ELCLA, D.L.1999 (Colecção Nova Vademecum ; 23), Edição revista, actualizada e aumentada

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes; *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª Edição revista e actualizada, com a colaboração de Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 1987

MICHELI, Gian Antonio; *L'onore della prova*, Padova, CEDAM, 1966

MONTEIRO, Síndico; anotação ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, 12/11/96I; *Revista de legislação e de jurisprudência*, Coimbra, a.131n. 3887-3888 (1Jun. - 1 Jul.1998); n. 3889 (1Ago.1998); n. 3897 (1Abr.1999); a. 132n.3898 (1Maio1999); n.3899 (1Jun.1999); n.3900 (1Jul.1999)

MÚRIAS, Pedro Ferreira; *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, LEX, 2000

MÚRIAS, Pedro, e PEREIRA, Maria de Lurdes; *Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação* In: Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem, coord. António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2012

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de, *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009

PINTO, Nuno Manuel; *Ónus da prova e não cumprimento das obrigações*, Scientia iuridica, Braga, t.49n.283-285 (Jan.-Jun.2000), p.173-207

RANGEL, Rui Manuel de Freitas; *O ónus da prova no processo civil*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2006

REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004

REGO, Carlos Lopes do; “O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação” In: *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2004-0000. – 1ºv.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz; “Encargo da prova em matéria de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a uma das partes”, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.47 (Mar.1955)

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz; *Provas : direito probatório material*, Lisboa, 1962

TARTUFO, Michele; *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, a.46n.3 (Settembre1992)

VERDE, Giovanni; *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, a.46n.3 (Settembre1992)

Índice Jurisprudencial

Acórdão da Relação do Porto de 18/5/1978 in C.J. 78º, 3, p. 847

Acórdão da Relação do Porto de 9/10/1979 in C.J. 79º, 4, p. 1276

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/2/1983 in BMJ 324, p. 584

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 21/10/98, nº616/98

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28-09-1999, processo nº 1292/99

Acórdão do STJ de 11-1-2001, Processo nº 3385/00

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22-09-2005, Processo nº 1543/05

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/03/2006, in *Acórdãos doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, Rio de Mouro, a.45n.545 (Maio2007)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-02-2008, Processo nº7371/2007-1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05-06-2008, Processo nº3861/2008-6

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-11-2008, Processo nº 1346/2008-6

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03-12-2009, Processo nº 4258/07.6TVLSB.L1-6

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 20-05-2010, Processo nº 401/04.5TBVVD-A.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 10-01-2012, Processo nº 295/10.1TTABT.E1

Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-03-2012, Processo nº 331/09.4TCGMR.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20-06-2012, Processo nº 161/08.0TBOFR-F.C1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 194/08.7TBAGN.C1.S1, de 16-10-2012

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19-12-2012, Processo nº 31156/10.3YIPRT.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-12-2012, Processo nº 771/10.6T2OBR-B.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20-12-2012, processo nº 406/09.0 TTSTB.E1