JUS SCRIPTUM'S
INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 17 • v. 7 • n. 1 • 2022

07 Carlos Pamplona Corte-Real e Daniel Santos
A técnica da imputação e sua particular relevância no direito sucessório

22 Elcio Nacur Rezende e Ricardo Fabel Braga
O Greenwashing e a responsabilidade civil: a importância da ética empresarial como alicerce à função socioambiental das organizações

50 Maria Berenice Dias
O primado dos direitos humanos e a garantia do direito à afetividade

66 Márcia Cristina dos Santos Rêgo
Família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na pandemia

94 Alberto de Moraes Papaléo Paes
O positivismo jurídico e a influência portuguesa na formação da tradição jurídica brasileira

141 Airton Amilcar Machado Momo
Presunção de inocência: considerações sobre a diretiva 343/2016 do parlamento europeu e do conselho

162 Deborah Azeredo
Contributo para a teoria dinâmica do ónus da prova em portugal e no brasil

216 Felipe Müller Dornelas
Direito ao esquecimento e dignidade da pessoa humana e a crítica necessária à tese fixada no caso Aida Curi - Recurso Extraordinário 1.010.606 do supremo tribunal federal

FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE DE LISBOA
Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa AAFDL
nelb

Jus Scriptum's International Journal of Law
Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Ano 17 • Volume 7 • Número 1 • Outubro-Dezembro 2022

Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB
Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo
Caio Guimarães Fernandes
Camila Franco Henriques
Leonardo Castro de Bone
Maria Amélia Renó Casanova
Maria Vitória Galvan Momo
Paulo Gustavo Rodrigues
Samara Machado Sucar
Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Resek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)

Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Pedro Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Silvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

CONTRIBUTO PARA A TEORIA DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA EM PORTUGAL E NO BRASIL[*]

Contribution to the dynamic theory of the burden of proof in Portugal and Brazil

Deborah Azeredo[**]

Resumo: O presente ensaio visa analisar a teoria dinâmica de distribuição do ónus prova em Portugal e no Brasil. Começando por Portugal, onde tal teoria não é normatizada, observam-se os posicionamentos favoráveis e críticos da doutrina e também algumas jurisprudências sobre inversões probatórias que podem dar ensejo a futuras legislações que abarquem uma distribuição de ónus diferente da que hoje é a regra no Código Civil português: a estática. Também nos propusemos a analisar se a teoria dinâmica é hoje um embrião no ventre do ordenamento jurídico luso, consoante alguns exemplos atuais da jurisprudência. Quanto ao Brasil, trouxemos uma visão sobre o ativismo judicial brasileiro e a forma como os tribunais impactaram a jurisprudência e os doutrinadores para ampliar o conceito de pessoa hipossuficiente e abraçar diversos segmentos da sociedade considerados frágeis, antes mesmo da normatização expressa da teoria dinâmica. Hoje, com a teoria já consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, observaremos como essa atuação dos tribunais pode ser temerária.

Palavras-chave: Ónus da prova. Inversão do ónus de prova. Teoria dinâmica do ónus da prova. Ativismo judicial. Dever de provar.

Abstract: This essay aims to analyze the dynamic theory of distribution of the burden of proof in Portugal and Brazil. Starting with Portugal, where this would not have been regulated, the doctrine is favorable and critical positions can be observed, as well as some jurisprudence on evidential inversions that may give rise to future legislation that encompasses a distribution of different burdens from what is currently the rule in the Portuguese Civil Code: the static. We also proposed to analyze whether dynamic theory is today an embryo in the womb of the Portuguese Legal System, according to some current examples of jurisprudence. As for Brazil, we brought a view on Brazilian judicial activism

[*]Relatório Académico apresentado na disciplina de Direito Processual Civil, no ano letivo 2021/2022, no ano curricular no Mestrado Científico em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos.

[**]Mestranda em Direito Bancário e dos Seguros.

and the way in which the courts impacted jurisprudence and scholars to broaden the concept of the under-sufficient person and embrace various segments of society considered fragile, even before the express regulation of dynamic theory. Today, with the theory already enshrined in the Brazilian Legal System, we will observe how this action of the courts can be reckless.

Keywords: Burden of proof. Reversal of the burden of proof. Dynamic theory of the burden of proof. Judicial activism. Duty to prove

Sumário: 1. Introdução; 2. Das considerações gerais acerca da teoria dinâmica; da aplicação da teoria dinâmica; 4. Dos posicionamentos favoráveis à aplicação da teoria dinâmica; 5. Das críticas à aplicação teoria dinâmica; 6. Da teoria dinâmica em Portugal: estaria na sua fase embrionária?; 7. Da teoria dinâmica no brasil; 8. Do ativismo judicial e da teoria dinâmica no brasil; 9. Conclusão

1. Introdução

A matéria referente à prova em processo civil tem ganhado grande destaque na doutrina e na jurisprudência nos últimos tempos, tendo em vista a aprovação dos novos códigos de procedimentos, tanto em Portugal como no Brasil, que inovaram na ordem principiológica quanto à temática da prova.

O tema da prova tem sofrido bastantes modificações ao longo da história. Basta que recordemos que a tortura já foi largamente utilizada durante a Idade Média como meio de obtenção de prova, bem como o sistema das ordálias. Desta sorte, os meios de prova e de obtenção de prova devem ter um cariz civilizacional, para permitir que as partes não só tenham acesso à prestação jurisdicional de forma equitativa, como também que o Estado-Juiz possa entregar esta prestação jurisdicional de forma imparcial.

Neste sentido, a prova tem como escopo formar a convicção do juiz da causa, que será o principal destinatário, embora não o único, das provas produzidas no processo. Somente através da prova será possível chegar-se a verdade dos factos

que ocorreram naquele caso concreto. Contudo, nem sempre será simples e fácil à produção da prova processual, ocorrendo, não raro, dificuldades no cumprimento do encargo probatório.

Em razão disso, dá-se lugar a chamada redistribuição do ónus probatório, que pode ser concretizada mediante inversões probatórias, consoante lei expressa ou, por meio da teoria dinâmica do ónus probatório, que já é acolhida em alguns ordenamentos jurídicos, e é expressa por ocasião de um papel ativo que o juiz assuma na demanda.

Ocorre que, conforme será visto, há uma controvérsia se esta teoria dinâmica existe ou não em Portugal (e, caso exista, como é aplicada no ordenamento jurídico português), ao passo que o Brasil previu esta teoria de forma expressa no seu novo CPC, malgrado já houvesse grande apreciação sobre o tema na jurisprudência e na doutrina.

Deste modo, este trabalho tem por escopo, estudar se existe ou não a aplicação da teoria dinâmica em Portugal e, caso exista, apreciar a sua base normativa. Ainda pretende-se analisar a jurisprudência lusa a fim de constatar se há aplicação desta teoria por parte dos tribunais. Quanto ao Brasil, será observada a forma como o conceito de hipossuficiente (ou pessoa vulnerável) previsto no CDC foi ampliado pelos tribunais e pela doutrina para abraçar outros segmentos da sociedade considerados frágeis, além de analisar se a teoria dinâmica (hoje normatizada no CPC) cumpre ou não com o seu papel de norma excecional frente à regra geral de repartição do ónus probatório.

Portanto, no segundo ponto deste trabalho, será analisada a teoria dinâmica do ónus probatório de forma ampla para então, no ponto três, observarmos como se

insere a teoria dinâmica na prática processual. O ponto quatro tem por escopo fazer uma análise dos doutrinadores que são favoráveis à aplicação da teoria dinâmica, sobretudo em Portugal, enquanto o ponto cinco pretende abordar as críticas que se contrapõem aos simpatizantes de tal teoria. Além disso, no ponto seis, propusemo-nos analisar se a teoria dinâmica seria ou não um embrião germinando no ventre da jurisprudência portuguesa, aguardando somente por uma legislação que a consagre expressamente para vir à luz. No ponto sete, será tratada a teoria dinâmica no Brasil e a forma como os tribunais flexibilizaram o conceito de hipossuficiente expresso no CDC, para então, no ponto oito, vislumbrarmos como que o ativismo judicial brasileiro colaborou para a aplicação de uma redistribuição do ónus da prova, mesmo sem previsão normativa.

Pretende-se concluir este trabalho respondendo às seguintes questões: i) Há teoria dinâmica em Portugal? ii) Caso não haja teoria dinâmica em Portugal, deveria haver? iii) Qual deveria ser a melhor solução para a regra estática do ónus da prova em Portugal, na ocasião de uma das partes litigantes ser considerada mais frágil? iv) No Brasil, onde a teoria dinâmica é hoje expressamente normatizada no CPC/15, a aplicação desta teoria tem sido feita da forma como o legislador a previu, ou seja, como uma exceção à regra? v) Como a teoria dinâmica deveria ser observada no Brasil após o advento do CPC/15, de forma ampla ou de forma restritiva?

2. Das considerações gerais acerca da teoria dinâmica

A teoria dinâmica do ónus probatório ou teoria dinâmica de distribuição do ónus da prova[241] ganha espaço na Argentina no início da década de 1980 e tem, na atualidade, o seu principal precursor[242] o processualista Jorge Peyrano.

Esta teoria dinâmica frutificou-se a partir de uma ação de responsabilidade civil médica, pois foi quando o tribunal daquele país entendeu por necessário rever a, até então, teoria estática do ónus probatório, já que esta, na prática, pareceu ser demasiadamente injusta no deslinde de tal causa.

Esse foi o marco introdutório da matéria referente à teoria dinâmica, uma vez em que a partir daqui começou-se a pensar sobre a possibilidade de repartição do encargo probatório de forma diferente da tradicional teoria estática. Portanto, a teoria dinâmica permitiria uma redistribuição do ónus muito diferente daquela prevista e adotada pelos códigos vigentes, tida como muito rígida em determinados casos.

Tal teoria dinâmica possibilitaria que o julgador corrigisse abusos que, em determinadas situações, a incumbência probatória atribuiria à parte mais fraca na relação, sem, entretanto, afastar o sistema estático existente. Neste sentido, "[...] não estaríamos defronte de uma ruptura, pelo menos na génese da teoria dinâmica, em face da repartição do ónus probatório, mas sim de uma metodologia susceptível

[241] Convencionaremos chamá-la somente de teoria dinâmica ou somente como teoria.
[242] Embora Jorge Peyrano seja considerado o precursor moderno desta teoria, muito se discute a respeito do seu surgimento. Acredita-se que tal teoria tem a sua manifestação mais antiga em 1823 sendo exposto pelo filósofo inglês Jeremias Bentham. Tal teoria chegou à Europa continental, principalmente na Alemanha, pela obra de Wilhein Kisch e Leo Rosenberg.

de adequar o ónus probatório a situações concretas, decididas casuisticamente pelo julgador"[243].

Com efeito, esta parece ter sido a solução encontrada para resguardar a igualdade entre as partes numa relação processual; ou seja, regular a balança da justiça que, há depender da causa no caso concreto, poderia estar desequilibrada. Entretanto, conforme veremos no decorrer deste trabalho, esta solução encontrada pela doutrina para igualar as partes merece especial atenção, visto que é uma exceção e não deve ser usada como uma regra processual.

Sucede que, quando se recorre ao poder judiciário o que se pretende alcançar é uma prestação jurisdicional que resguarde as partes, de modo que seja possível um retorno ao *status quo* anterior. Sendo assim, esta prestação jurisdicional não deve conter excessos de rigidez e formalismos processuais que são, em última *ratio*, prejudiciais aos próprios litigantes.

Outrossim, a teoria estática da forma como se encontra normatizada poderia, a depender da situação, gerar mais riscos do que soluções. Por isso que, de acordo com Jorge Peyrano, era preciso corrigir e remediar as injustiças provocadas através da teoria estática, já que esta não dá cabo de determinadas situações casuísticas.

Desta forma, foi necessária a procura da verdade em cada caso concreto e, assim, surgiu à exceção a regra da teoria estática do ónus da prova que é a

[243] JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Questões Actuais de Direito Probatório*, ed. AAFDL, Lisboa, 2020, p. 158.

redistribuição do encargo da prova através da teoria dinâmica, significando dizer que incumbe produzir a prova quem estiver na melhor condição de fazê-la.

Deste modo, Jorge Peyrano sustenta que não se deve desprezar o ónus probandi, mas sim exigir esforços probatórios de quem esteja apto a trazer a prova aos autos. Em suma, o objetivo é permitir que as partes tenham acesso à paridade judicial quanto às provas produzidas. Neste viés, a teoria estática é mitigada, de modo a ser ampliada para abranger as particularidades do caso concreto, na senda do equilíbrio da relação processual.

3. Da aplicação da teoria dinâmica

Partindo-se do ponto de vista de que "o direito é feito para os vivos"[244], as normas legais devem acompanhar as necessidades vigentes da sociedade em cada época, haja vista que os nossos desejos são fundamentados à medida que evoluem as tecnologias, as descobertas de novas curas de doenças etc.

Daqui resulta que, se hoje precisamos de regulamentação sobre tratamento de dados, por exemplo, é porque atualmente temos a necessidade de mantê-los íntegros e bem acautelados pelos diversos órgãos que dispõem de informações pessoais de toda uma coletividade. Desta sorte, é impensável falarmos de tratamento de dados há quarenta anos, quando a *internet* nem sequer existia.

Nesta mesma esteira de entendimentos, visualiza-se a teoria dinâmica frente à teoria estática. Esta é a regra conhecida por todos os aplicadores do direito

[244] CARLOS BLANCO MORAES, As 'ideologias da interpretação': e o ativismo judicial: o impacto das 'ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*,vol. I, ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 276

desde então, que deve ser prioritariamente observada aquando da distribuição do ónus probatório; enquanto aquela é a exceção que surgiu recentemente, cuja finalidade é ser usada como um antídoto, casuisticamente, visando igualar as partes que, por ocasião do processo, estão desiguais.

Sobre teoria estática entendemos, tanto em Portugal como no Brasil, como aquela que direciona a cada uma das partes o seu dever quanto à instrução processual; logo, à parte autora cabe à prova dos factos constitutivos do direito apresentado e à parte adversa, incumbe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocados pela contraparte.

Destarte, a teoria dinâmica já existe no mundo jurídico, sendo, portanto, um facto que não se pode contestar. No entanto, nem todos os ordenamentos vigentes a adotaram expressamente, conforme analisaremos.

Segundo Jorge Peyrano sustenta, não cabe mais manter essa visão tradicionalmente estática de distribuição do ónus probatório, é preciso modificar essa regra e a solução encontrada foi através da teoria dinâmica. Sendo assim, é forçoso entender que para a aplicação desta teoria dinâmica, devem-se observar algumas particularidades como: análise casuística por parte do julgador (no que respeita à teoria dinâmica, esta deve ser vista como uma flexibilização à regra da teoria estática, por isso, deve ser pautada pelo juiz no caso concreto) e fundamentação das razões que o levaram a reconsiderar o ónus probatório, analisando se a parte originalmente onerada com a produção daquela prova encontra-se numa posição desfavorável em realizá-la.

Sobre estas particularidades da teoria dinâmica, entendemos que seja necessário especificarmos cada uma delas para a sua devida elucidação.

Quanto à análise casuística é mister referir que a teoria dinâmica teve o intuito de revolucionar a teoria estática. No entanto, para a aplicação desta teoria, na prática, o juiz deverá observar, no caso concreto, se a parte tem alguma dificuldade em suportar o encargo da prova; ou seja, se há alguma situação de desvantagem diante daquele *ex adverso* específico.

Note-se que somente o juiz, aquando da análise do caso em concreto, é que poderá averiguar se a parte mais fraca naquela relação necessitaria ou não de uma redistribuição do encargo probatório através da aplicação da teoria dinâmica.

Daqui resulta que, caso o juiz entenda que as partes estão equilibradas e em plena igualmente de produção probatória, não haveria motivos para verificar a aplicação da teoria dinâmica, devendo-se respeitar a regra da teoria estática da carga probatória.

A segunda questão que se levanta é quanto às considerações do que se entente em estar em melhores condições de produção probatória. O artigo 413.º do CPC português, por exemplo, prima pelo princípio da aquisição processual[245], na qual se entende que o juiz deve considerar as provas produzidas nos autos quer tenham ou não sido emanadas da parte que devia suportá-las, de modo que a parte poderá produzir provas sobre os factos mesmo quando não seja a sua incumbência. Logicamente, este princípio parece confirmar que, se a teoria dinâmica existisse no direito português, esse poderia ser o seu cariz.

[245] Exemplos na jurisprudência portuguesa da aplicação do referido princípio da aquisição processual: Ac. TRP de 24.11.2009 (Vieira e Cunha) e Ac. TRP de 25.05.2009 (Maria José Simões). Em sentido oposto à aplicação do princípio: Ac. STJ de 24.01.2012 (Fonseca Ramos).

Por conseguinte, essas condições probatórias ficariam a cargo de quem estivesse apto a produzi-las, já que considera motivos de índole profissional, técnica, económica ou jurídica[246].

Portanto, estas melhores condições de suportar o encargo probatório também deveria ser analisadas pelo juiz, no caso concreto, à luz da apreciação dos autos processuais, já que a parte que se encontra em posição desfavorecida deveria alegar esse facto e requerer ao juiz a aplicação da teoria dinâmica, fundamentando o seu pedido na falta de acesso aos meios probatórios para instruir a ação.

Como o primado de toda ação deve ser o princípio da igualdade, importante ressaltar que retirar o encargo probatório de uma parte para onerar a outra, sobre esta argumentação de reequilibrar a paridade judicial, deve ser entendido com cautela; pois o julgador não pode desonerar uma parte para consequentemente onerar outra que pode não ter, igualmente, como suportar aquele ónus probatório. Portanto, quando as duas partes encontram-se em dificuldade na produção da prova, não poderia ser aplicada à teoria dinâmica.

Outro detalhe quanto à aplicação da teoria dinâmica é em relação à vedação de decisões surpresa no âmbito processual tendo em vista o princípio da boa-fé processual. Deste modo, quando o juiz (nos ordenamentos que permitem) fosse aplicar a teoria dinâmica, esta decisão não poderia ser sinónimo de surpresa para as partes processuais, precisamente, para a parte onerada com o encargo. Isto quer dizer que, ao ser aplicado tal teoria, a parte que recebe o encargo probatório deve

[246] Cfr. HUGO LUZ DOS SANTOS, A distribuição do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas de *Iure Condendo, Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1 - 4, ano LVII, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 260 e ss.

poder dispor de meios processuais cabíveis para se desincumbir deste encargo. Neste sentido,

> A redistribuição do ônus da prova não pode se apresentar como uma surpresa para a parte, de sorte que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com a intimação do novo encarregado do ônus da prova sobre o fato probando especificado, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir do encargo. Destarte, não é possível que o juiz, de surpresa, aplique a dinamização na sentença, pois infringiria o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, conforme já analisado, a teoria dinâmica é uma exceção à regra da teoria estática, por isso deve ser aplicada nos ordenamentos que a admitem, de forma excecional. Com efeito, Jorge Peyrano não teve a pretensão de eliminar a teoria estática, pelo contrário, entendeu-se que as teorias estáticas e dinâmicas deveriam coexistir; sendo, porém, a teoria dinâmica aplicada a depender do caso em análise.

Neste sentido, Jorge Peyrano afirma que a regra do ónus probatório é uma só: os factos constitutivos devem ser suportados pelo autor, enquanto os factos impeditivos, modificadores ou extintores pela parte adversa; entretanto, esta rigidez pode se mostrar insuficiente quanto à paridade de forças no seio processual[247], razão pela qual aplicar-se-ia a teoria dinâmica em situações excecionais. Neste sentido,

> Ya hace varios lustros se dio a conocer la doctrina - por entonces, solamente pretoriana - de las cargas probatorias dinámicas que en su variante más difundida se traduce en que frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se

[247] Cfr. JORGE W. PEYRANO, La carga de la prueba, *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2011, p. 968.

> debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse está en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa[248]

A conclusão derradeira, portanto, é que a aplicação da teoria dinâmica (nos ordenamentos dos países que a admitem) confere a parte impossibilitada de produzir as provas, no caso concreto, uma paridade de armas no que tange aos meios probatórios. É importante que se traga à colação que esta teoria, sem dúvidas, representa uma evolução nos meios de distribuição do ónus probatório até então conhecido por nós: teoria estática; portanto, a aplicação da teoria dinâmica, nos países onde se encontra normatizada expressamente como, por exemplo, no Brasil, não pode ser feita ao arrepio daquela regra processual que é a teoria estática, sendo qualquer previsão de distribuição de ónus diferente da regra ser considerada uma exceção.

4. Dos posicionamentos favoráveis à aplicação da teoria dinâmica

Conforme analisado, a teoria dinâmica ressurgiu em meados dos anos 80 na Argentina e hoje já foi exportada para outros países; mas isso não significa, todavia, que esta teoria responda a todos os anseios almejados na busca de igualdade de armas processuais. Decerto que não, mas isso não a impede de ser aplicada na jurisprudência dos países que a admitam, como no caso do Brasil, que mesmo antes da sua normatização expressa, já contava com o respaldo da doutrina sobre o tema.

Em Portugal não foi diferente. Tem-se muito debatido na doutrina acerca do assunto, embora não haja jurisprudência sobre a sua apreciação, justamente

[248] J. W. PEYRANO, "La carga...", p. 971.

devido à falta de previsão normativa sobre a matéria[249]. Facto é que, antes mesmo da reforma do código de procedimentos português que ocorreu no ano de 2013, alguns autores já se posicionavam a favor da teoria dinâmica em Portugal, conforme o que veremos.

O principal defensor da existência da teoria dinâmica em Portugal é Micael Martins Teixeira. O entendimento do autor, acerca da teoria dinâmica no ordenamento jurídico português, baseia-se, sobretudo, em princípios processuais, tais como, o princípio da descoberta da verdade material, o princípio da igualdade material, o processo equitativo, a celeridade e a economia processual[250]-[251].

Analisando um pouco mais de perto o seu posicionamento, entende-se que o autor procurou demonstrar o seu posicionamento a favor da teoria dinâmica com

[249] A jurisprudência portuguesa é firme em ratificar a teoria estática como regra no ordenamento jurídico luso; entretanto, a única exceção que existe a essa regra estática é quando ocorre a chamada inversão culposa consoante o artigo 344.º, n.º 2, do CC. Neste sentido, vejam-se exemplos de acórdãos sobre repartição estática do ónus da prova: Ac. TCAS de 10.03.2016 (Paulo Pereira Gouveia), Ac. TCAS de 14.01.2016 (Conceição Silvestre); Ac. TRC de 16.03.1999 (Francisco Caetano); Ac. TRL de 15.02.2018 (Ana Paula Carvalho); Ac. STJ de 22.01.2004 (Lucas Coelho).
Sobre a inversão culposa, constante no artigo 344.º, n.º 2, do CC, vejam-se os exemplos: Ac. STJ de 12.04.2018 (Rosa Tching), Ac. STJ de 03.10.2017 (Pinto de Almeida); Ac. TRG de 31.01.2019 (Alcides Rodrigues); Ac. TRL de 03.12.2009 (Fátima Galante) e Ac. STJ de 24.05.2018 (Tomé Gomes).

[250] Cfr. MICAEL MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2014, p. 365.

[251] Cfr. M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 338 e ss., o princípio da cooperação é corolário da teoria dinâmica em prol da verdade material; neste sentido "[...] ao onerar-se a parte com maior facilidade relativa de produzir a prova, cria-se nesta um estímulo maior para uma efetiva produção de prova, por comparação com a situação em que a parte com maior dificuldade relativa tem de suportar o ónus. Neste caso, a parte contrária apenas terá vantagem em se esforçar na produção de prova para diminuir o risco de a primeira conseguir demonstrar a versão factual que a favorece. Já se se atribuir o ónus à parte com maior facilidade probatória, dado que a demonstração das versões factuais com que ela está onerada é essencial para que essa parte venha a obter uma decisão favorável, não podendo esta resultar de uma decisão de ónus da prova, ela terá todo o interesse em se esforçar na prova dessas versões".

base em critérios legalmente previstos no ordenamento jurídico português. Ocorre, no entanto, que estes critérios não são expressos na lei, mas antes é necessário aplicá-los através de integração de lacunas[252].

Estas lacunas na lei, ainda segundo o que determina Micael Teixeira, parte do mesmo argumento da analogia utilizada para integrar a norma; contudo há as denominadas lacunas ocultas que podem surgir para complementar a integração da norma por força da redução teleológica. Neste sentido

> A consideração de que existe uma lacuna na lei não deve consistir apenas na verificação de que o caso *sub judice* não é subsumível em nenhuma previsão normativa existente. Deixando de fora desta análise os casos em que a não regulação de certo caso foi uma opção do legislador, nos casos em que nenhuma norma existente seja aplicável verifica-se um tipo de lacuna: a lacuna patente. Mas, ao lado desta, existe outro tipo de lacuna: a lacuna oculta. Esta ocorre quando é possível encontrar uma norma que, segundo a formulação do seu enunciado, se aplica precisamente ao caso *sub judice*, mas se verifica que o regime legal aplicável por força dessa norma não é adequado às características desse caso, tendo em conta a teleologia daquela norma ou a teleologia de outras normas[253].

O que se pretende com uma lacuna oculta, desta forma, e a nosso ver, é ampliar o sentido de uma norma para que com base nela, tenham-se argumentos suficientes para embasar algo que o regime legal não permite, o que pode ser temerário, pois, se através de esforço teleológico encontrássemos lacunas ocultas dispersas no ordenamento jurídico, poderíamos estar a contribuir para um efeito danoso como a insegurança jurídica e o desvirtuamento da aplicação da lei, sendo justamente o contrário do que o citado autor busca.

[252] M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 363.
[253] M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 366.

Esta descoberta da lacuna oculta se encontraria prevista no artigo 344.º, n.º 1 para ser aplicada no artigo 342.º ambos do CC. Isso porque o artigo 344.º, n.º 1 do CC dispõe acerca da previsão sobre as regras de inversão do ónus da prova, que dentre elas são a dispensa ou a liberação do ónus da prova, que segundo o citado autor, seriam casos em concreto de aplicação da teoria dinâmica.

Além disso, sempre que a parte verificar um desequilíbrio na sua capacidade probatória seria de igual modo permitido aplicar a teoria dinâmica, tendo em vista a referida lacuna oculta. Nestes moldes "[...] entendemos que a referida analogia entre os casos de dispensa ou liberação legal do ónus da prova e os de desequilíbrio nas capacidades probatórias das partes aos quais se justifica aplicar a distribuição dinâmica do ónus da prova permite descobrir uma lacuna oculta no preceito legal que é literalmente aplicável a estes últimos: o artigo 342.º do CC"[254]-[255].

Daqui resulta que para Micael Teixeira, não somente os princípios citados anteriormente marcham ao encontro dos valores esculpidos pelo CPC para visar uma conciliação deste com a parte que apresenta maior facilidade em provar; mas também é importante colocar a pedra de toque no poder-dever conferido ao juiz (cfr. artigo 547.º do CPC) em que assegura as partes um processo equitativo[256].

[254] M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 367.
[255] Segundo M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma... Distribuição, p. 367; sobre o conceito de lacuna oculta, o autor entende que "A lacuna oculta consiste, portanto, na inexistência de qualquer norma legal literalmente aplicável que regule estes casos de forma adequada às suas particularidades, revelada pela existência de normas que regulam casos análogos atendendo às especificidades destes, que são as mesmas das dos primeiros".
[256] Sobre processo equitativo, é mister referir-nos sobre o Ac. TRG de 30.06.2011 (Carvalho Guerra) que, ao apreciar sobre distribuição do ónus da prova num litígio, entendeu que o CC não proíbe que a prova seja feita pela parte a quem a mesma não incumbe. Isso porque o réu, neste caso concreto, requereu ao juiz da causa a contraprova (cfr. artigo 346.º do CC) e o juiz indeferiu ao argumento de

De acordo com o que já foi mencionado, não há em Portugal jurisprudências sobre a aplicação da teoria dinâmica, ao argumento de que não há previsão normativa neste sentido. Estas construções doutrinárias que justificam o uso da teoria dinâmica num ordenamento que em nada prevê acerca do tema merecem toda a atenção académica, tendo em vista que contribuem para a ciência jurídica que, como sabemos, não é exata; no entanto, em que pese os ensinamentos do autor, são inaplicáveis no caso concreto.

Outro simpatizante à aplicação da teoria dinâmica em Portugal é Hugo Luz que, no que lhe concerne, anui no sentido de que o ónus estático resultaria num desequilíbrio entre as partes. Contudo, entende o autor que a teoria dinâmica não considera as consequências da repartição e discorda da posição de Micael Teixeira, pois entende que "é no âmbito da distribuição do ónus da prova, e não no âmbito da apreciação da prova, que a dificuldade de provar deve ser tida em conta no âmbito da distribuição do ónus da prova, e não no âmbito da apreciação da prova, que a dificuldade de provar deve ser tida em conta, podendo aqui ser encontrada uma solução para aquele problema"[257].

Para Hugo Luz, a base do funcionamento da distribuição dinâmica do ónus da prova pode ser dividida em quatro partes que são: a cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova; a proximidade e o controlo dos factos; os conhecimentos técnicos e o exercício de uma atividade enquanto profissional e o

que não era seu encargo a produção de tais provas sobre os factos. Com base nos postulados do princípio da igualdade das partes (cfr. artigo 3.º-A CPC/95), do contraditório e da igualdade de armas, além do princípio da aquisição processual, o tribunal entendeu que a circunstância de o ónus de prova do facto para cuja prova é oferecido um determinado meio de prova não pode fundamentar a recusa da respetiva produção pelo tribunal.

[257] H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, pp. 249 - 50.

acesso aos meios de prova[258]. Conquanto o autor aborde sobre todos estes critérios, o acento tónico das suas considerações é no que concerne ao critério dos conhecimentos técnicos, sobretudo, as questões que envolvem a *leges artis*, tendo em vista ser o médico o detentor dos conhecimentos técnicos relativos aos factos danosos em que o paciente se submete[259].

Apesar de a aplicação da teoria dinâmica ser colocada em voga na ocasião de responsabilidade médica, Hugo Luz ainda menciona outras hipóteses em que esta poderia incidir como, por exemplo,

> a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo do consumidor quanto ao mau funcionamento do sistema informático de *homebanking*, porquanto é o prestador de serviços de *homebanking* quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a utilização fraudulenta do serviço de *homebanking* por parte de terceiros não se deveu ao mau funcionamento do sistema informático[260]-[261].

[258] H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, pp. 250. De guisa a analisar, *en passant*, os elementos mencionados, entende-se por (i) cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova quando está implícita a existência e a identificabilidade de casos em que exista um desequilíbrio entre as capacidades probatórias de cada parte; (ii) critério da proximidade e o controlo dos factos nos casos em que se verifica uma clara proximidade e controlo dos factos da parte a quem aproveita a versão privilegiada em relação à parte contrária (onerada com a prova); (iii) os conhecimentos técnicos e o exercício de uma atividade enquanto profissional, podemos citar, por exemplo, as causas que envolvem as intervenções cirúrgicas; e (iv) o acesso aos meios de prova quanto às provas impossíveis.

[259] Sobre responsabilidade civil médica e ónus da prova, vejam-se a título de exemplo, Ac. TRL de 13.10.2020 (Luís Filipe Sousa); Ac. STJ de 22.09.2011 (Betttencourt de Faria). Em nenhum deles há qualquer exceção a regra de repartição do ónus probatório.

[260] H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, p. 261.

[261] Na jurisprudência, veja-se, Ac. TRE de 22.05.2014 (Mata Ribeiro). Neste acórdão, o tribunal declarou a nulidade uma cláusula contratual geral do contrato de *homebanking* em que previa que o cliente era o responsável por todos os prejuízos que resultassem de uma utilização abusiva do serviço por terceiros. Portanto, previa-se uma presunção de culpa a cargo do utilizador do serviço de *homebanking* pela utilização abusiva declarada nula ao argumento de que os riscos da falha do sistema informático tem que correr por conta da entidade bancária (cfr. artigo 796.º, n.º 1 do CC). Deste modo,

repare-se que, muito embora o acórdão seja categórico em afirmar que não houve nenhuma alteração convencional dos critérios de distribuição do ónus da prova, fundamentando-se no artigo 21.º, alíneas *g*) e *e)* da LCCG, podemos verificar uma proteção ao consumidor bancário utilizador do *homebanking.* Mais um exemplo na jurisprudência portuguesa de proteção do consumidor bancário utilizador de *homebanking* é o Ac. TRL de 12.12.2013 (Tomé Ramião) em que já no sumário podemos encontrar que "Provando a Ré que a Autora fez uma utilização imprudente, negligente e descuidada desse serviço, revelando a terceiros, na internet, os seus códigos pessoais de acesso ao serviço, bem como dos elementos necessários para a confirmação/validação da operação bancária, não lhe é exigível o pagamento das quantias por eles indevidamente movimentadas". Neste acórdão, o tribunal decidiu ser nula uma cláusula que imputava ao utilizador do serviço a presunção de culpa, com base no artigo 21.º, alínea *g*).

Veja-se, também, Ac. TRL de 24.05.2012 (Ezagüy Martins), em que mais uma vez podemos ver a proteção do utilizador de serviço em *homebanking*, com base no artigo 799.º, n.º 1 do CC, que sustenta que recai sobre o devedor o ónus da prova de que "a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. Neste sentido *"*As cláusulas do contrato de *homebanking* que presumem expressamente a culpa ou consentimento do aderente na realização, por terceiro, de operação de *homebanking* mediante a inserção dos elementos de segurança pessoais e intransmissíveis do subscritor do serviço, implicam a modificação dos critérios legais de repartição do ónus da prova aplicáveis ao contrato de depósito bancário. Como tal essas cláusulas, quando estabelecidas em contratos celebrados com o consumidor final são proibidas, e sancionadas com a nulidade".

Por fim, ainda devemos considerar o Ac. TRP de 14.11.2011 (Ana Paula Amorim) na qual um consumidor alegou que nunca recebeu cópia do seu contrato de crédito, pelo que este contrato seria nulo. O tribunal entendeu que, uma vez em que não foi provado pelo Banco o facto da entrega do exemplar do contrato ao consumidor, deveria entender-se que não houve a sua entrega, tendo em vista que o ónus da prova caberia ao financiador, a quem aproveitaria a prova daquele facto. Sendo assim o tribunal declarou a nulidade do contrato. Segundo as anotações de JORGE MORAIS DE CARVALHO e MICAEL TEIXEIRA, Crédito ao consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade, *Caderno de Direito Privado,* n.º 42, Abril – Junho de 2013, p. 47 sobre este mesmo acórdão, argumentam que essa distribuição do ónus da prova é decorrente do (hoje revogado) D.L. n.º 359/91, de 21 de setembro, que dispõe acerca de crédito ao consumo e, seu artigo 7.º, n.º 1 e 4 preveem neste sentido. Para os autores "Efetivamente, este é um exemplo em que julgamos ser possível e aconselhável aplicar a chamada teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. Utilizada em alguns ordenamentos jurídicos [...] esta teoria consiste simplesmente na atribuição do ónus da prova à parte que apresente maior facilidade em produzir a prova em relação à parte contrária. [...] Na realidade, o credor poderá demonstrar a entrega do exemplar ao consumidor de várias formas, sendo aquela que se afigura relativamente mais fácil [...] a entrega ao consumidor de um documento onde consta a sua declaração de que recebeu um exemplar do contrato de crédito, devendo o consumidor assinar o documento e o financiador guardá-lo". Em que pese o enorme dinamismo intelectual dos autores, ousaremos discordar da posição por eles sustentada de que se trata da aplicação da teoria dinâmica do ónus da prova. O D.L. sobre contratos de crédito aos consumidores hoje vigente é o D.L. n.º 133/2009, de 2 de junho (que manteve o texto do revogado artigo 7.º no atual artigo 13.º). Sendo assim, não estamos diante de uma teoria dinâmica, mas sim de uma inversão legal, disponibilizada pela lei para favorecer o consumidor diante do seu financiador. A hipótese de incidência para essa inversão probatória constante no artigo 13.º, n.º 1 e 5 é taxativa e não casuística,

Note-se que o exemplo gizado pelo citado autor é muito semelhante ao que hoje ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no microssistema do CDC brasileiro, em que verificada a verosimilhança da alegação do consumidor ou quando este for hipossuficiente, visando-se facilitar a defesa dos seus direitos, inverte-se o ónus da prova em seu favor (cfr. artigo 6.º, VII, CDC).

Ainda importante trazer a ribalta que HUGO LUZ sustenta que a teoria dinâmica é a *ratio legis* inerente ao princípio da gestão processual (cfr. artigo 6.º, n.º 1 do CPC/2013); entretanto; contudo, somente num futuro é que este princípio poderá abarcar a consagração legal desta teoria, seguindo uma tendência internacional de menor formalismo processual, em que o juiz assegura um processo mais equitativo[262]-[263].

Temos, ainda, Elisabeth Fernandes que sustenta não existir a teoria dinâmica consagrada no ordenamento jurídico português; entretanto, no plano de *iure condendo*, o direito luso teria muito a ganhar caso consagrasse tal teoria, segundo ela; mas para isso, seria necessário que se alterassem o texto das normas vigentes. Neste sentido,

decorrendo da vontade única e exclusiva da lei e não do juiz. Entretanto, mesmo sendo uma inversão legal e não uma hipótese de incidência de teoria dinâmica, significa que o legislador preocupou-se com os consumidores diante de contrapartes mais fortes, como entidades bancárias e financiadoras. Outros exemplos na jurisprudência neste sentido são Ac. TRP de 10.05.2010 (Soares de Oliveira) e Ac. TRC 27.04.2017 (Jaime Carlos Ferreira).

[262] H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, pp. 270 e ss.

[263] Outros autores também defendem a distribuição dinâmica do ónus da prova em casos envolvendo consumidores. JORGE MORAIS DE CARVALHO, Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação, *Estudos de Direito Bancário I*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 303 diz que "Ao contrário do que já defendemos, consideramos que a prova da entrega do exemplar do contrato de crédito cabe ao credor, não porque a primeira parte do artigo 13.º- 5 isente o consumidor de provar que não lhe foi entregue uma cópia do contrato, mas porque, aplicando a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, é para o credor muito mais fácil fazer prova da entrega do que ao consumidor provar o contrário".

> [p]orém, nos escassos casos em que a opção entre distribuição dinâmica ou estática do ónus da prova tem vindo a ser tratada entre nós, a possibilidade dos tribunais portugueses poderem vir a optar, sem texto legal habilitante, pela derrogação desse mesmo ónus *in casu* e independentemente do comportamento processual da contraparte, tem sido abertamente rejeitada, mesmo quando isso se mostre necessário para a obtenção de uma solução justa do litígio[264].

O que diferencia Elisabeth Fernandes dos outros autores já mencionados acima é que ela, muito embora seja simpatizante da teoria dinâmica, não encontra nenhuma hipótese de incidência desta teoria no ordenamento jurídico português atual; ao contrário de Hugo LUZ, por exemplo, que apesar de também sustentar esta teoria em *iure condendo*, enxerga no princípio da gestão processual a imanência necessária para se alcançar a teoria dinâmica. Neste sentido "É aqui que recobra sentido hermenêutico falar-se na tríade gestão processual (artigo 6.º, n.º 1 do CPC), audiência prévia (artigo 591.º do CPC) e a distribuição do ónus da prova"[265].

Deste modo, muito embora não exista hoje em Portugal previsão expressa para amparar a teoria dinâmica, alguns doutrinadores favoráveis a sua aplicação, como Micael Teixeira, encontrou uma forma de tentar justificá-la através do método da lacuna oculta; enquanto outros como Hugo Luz e Elisabeth Fernandes defendem a aplicação desta teoria somente em *iure condendo.*

[264] ELISABETH FERNANDES, A prova difícil ou impossível, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, 1.ª ed., ed. Coimbra, Coimbra, 2013, p. 831.
[265] H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, p. 276.

A verdade é que (e seguindo a tendência internacional, sobretudo, na América do Sul[266]) há em Portugal um debate doutrinário acerca desta matéria, na qual alguns doutrinadores mostram-se favoráveis a sua aplicação, de acordo com o que expusemos. Já em relação à jurisprudência, como não há normatização expressa acerca do assunto tratado, os julgados têm-se mostrado conservadores quando o assunto é a alteração da regra quanto ao ónus processual; não obstante, alguns desses acórdãos mostrarem-se mais favoráveis a consumidores/utilizadores de serviço *homebanking* (cfr. Ac. TRE de 22.05.2014, Ac. TRL de 12.12.2013, Ac. TRL de 24.05.2012).

5. Das críticas à aplicação teoria dinâmica

Conforme visto no tópico anterior, há muitos doutrinadores que tentam inserir a teoria dinâmica em Portugal por meio de integração de normas e princípios. Porém, em sentido oposto aos posicionamentos favoráveis a tal aplicação, também se manifestaram várias vozes a propósito da matéria. Conforme visto no tópico anterior, há muitos doutrinadores que tentam inserir a teoria dinâmica em Portugal por meio de integração de normas e princípios. Porém, em sentido oposto aos posicionamentos favoráveis a tal aplicação, também se manifestaram várias vozes a propósito da matéria.

[266] Vejam-se: Artigo 167 do *Código General del Proceso* da Colombia; Artigo 294 do *Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno* de Chile, consultado em https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf acessado em 15.09.2021; Artigo 276 do *Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil* do Perú, consultado em https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1916007/Proyecto%20del%20Nuevo%20C%C3%B3digo%20Procesal%20Civil.pdf.pdf acessado em 15.09.2021.

Dentre estes doutrinadores que criticam a teoria dinâmica destaca-se Michele Taruffo que acena que muitos ordenamentos alteraram o ónus probatório a cargo do próprio juiz e não do legislador, desrespeitando, desta via, a regra estabelecida. Neste sentido "*en muchos ordenamientos existe uma práctica por la cual el juez – no el legislador – modifica la distribución de las cargas probatorias entre las partes, sin respetar la regla fundamental a ala que se ha hecho mención*"[267].

Destarte, para o autor a principal crítica que direcionada à teoria dinâmica da prova é o facto de o juiz (por algum motivo que considere apropriado), delibere indo de encontro com a regra geral do ónus probatório. Esse poder de alterar o encargo probante nas mãos do juiz, diante de cada caso em concreto, pode transmutar de uma discricionariedade para uma arbitrariedade, dando azo a decisões surpresas no decorrer do processo[268]-[269].

Para além disso, o autor defende haver uma tendência crescente para o chamado *veriphobia*, o que pode ter o condão de ser prejudicial para o processo civil, tendo em vista que o protagonismo concedido aos juízes para a aplicação da

[267] Cfr. MICHELE TARUFFO, Casi una introducción, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 12.
[268] Cfr. M. TARUFFO, Casi uma introducción..., p. 13.
[269] Neste sentido, veja-se também, C. BLANCO MORAES, As 'ideologias da interpretação'..., p. 282, quando diz "Se a Constituição contém opções ideológicas e se a norma ordinária as pode também incorporar, pois são produto de um poder legiferante, não cabe aos tribunais constitucionais agir ideologicamente, sob pena de desrespeitarem o seu estatuto de independência e imparcialidade. Tal envolveria, a par de um colapso da segurança jurídica, um risco de rutura da identidade constitucional através de um guardião judicial atuando sem limites e convertendo-se num oráculo, supostamente mais apto que o constituinte e o legislador para predizer o futuro".

teoria dinâmica pode acabar por imiscuir-se em razões de caráter pessoal, a saber, políticas, éticas e ideológicas, retirando, assim, a imparcialidade do julgador[270].

Assim, portanto, a título de verticalizar a matéria, o autor vai distinguir as narrativas *verdadeiras e falsas* das narrativas *boas e más*, de modo a determinar quatro situações diferentes. Deste modo

Para analizar esas situaciones y con el fin de no complicar excesivamente el discurso, podemos estipular que una narración es verdadera cuando todos los enunciados relativos a los hechos son verdaderos, mientras que es falsa cuando al menos uno de los enunciados que la componen no ha sido probado y por tanto no se corresponde con la realidad de los acontecimientos descritos. Falsa significa, por consiguiente, total o parcialmente falsa[271].

Sob este cariz doutrinário, Taruffo ao determinar a primeira situação vai dizer que uma narrativa poderá ser boa e falsa em simultâneo. Isto significa dizer que a história é bem construída, mas quando ao seu conteúdo verídico tudo não passa de uma ficção. A segunda situação é quando estamos diante de uma narrativa

[270] Neste sentido, veja-se, JORDI NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 175, quando diz que "*El juez que se deje llevar por el afecto, el odio, la ira, el sesgo de exceso de confianza en el juicio emitido o el sesgo egocéntrico, es posible que mantenga una aparente posición de imparcialidad durante todo el proceso. Pero a la hora de valorar la prueba, esas emociones y sesgos le van a influir más que ninguna otra cosa. Y en el momento en que le influyan, y esto es lo más importante, estará dejando, en realidad, de valorar la prueba. Es decir, la conclusión es que la parcialidad excluye la valoración de la prueba. O dicho de otro modo, que sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba*". Em sentido oposto, veja-se, ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *La Carga de La Prueba en Supuestos de Discriminación: Su regulación en el proceso civil*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 230 – 1, que diz "*Por nuestra parte, entendemos que, si se producen las circunstancias que justifican su utilización, el juzgador debe aplicarlos, sin que exista a este respecto ningún margen a la discrecionalidad. Nos encontraríamos, sin lugar a dudas, ante un deber*".

[271] MICHELE TARUFFO, *Simplemente la Verdad* – El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 83.

má e falsa, ocasião em que o conteúdo além de ser fantasioso é mal redigido. A terceira situação vai se situar entre a narração boa e verdadeira, são, por exemplo, os relatos históricos escritos de forma coerente e plausível e retratam fielmente os acontecimentos. Esta terceira situação poder ser, inclusive, uma narrativa processual quando bem narrada e, ao mesmo tempo, carreada de provas disponíveis. Por fim, a quarta situação trazida pelo autor, é de uma narrativa má, porém verdadeira. Isso pode acontecer quando estivermos diante de um facto histórico mal redigido, muito embora seja verdadeiro. Este último caso também pode ser uma realidade processual[272].

É claro que a melhor opção seria a terceira (narrativa boa e verdadeira), já que é justamente isso que se espera de um processo; entretanto, sabemos que não é sempre que ocorre este panorama ideal, uma vez em que é comum que a parte não dispunha dos meios de provas ao seu alcance.

O que se pretende concluir com essas narrativas é demonstrar que, diante de um processo (e, levando-se em conta que o advogado não tem a obrigação de contar uma história verdadeira, mas sim uma que *pareça* verdadeira almejando a sua vitória), a narrativa pode, apesar de ser boa, não ser verídica.

Portanto, frente a um juiz persuadido com este falso cenário (narrativa boa, mas inverídica), a aplicação da teoria dinâmica vai representar um verdadeiro jogo; ou seja, a aplicação desta teoria vai depender dos argumentos trazidos pelo advogado da parte que a requer[273]. Assim, à medida que a aplicação da teoria

[272] Cfr. M. TARUFFO, *Simplemente la Verdad...*, pp. 83 - 4.
[273] Neste sentido, veja-se, M. TARUFFO, *Simplemente la Verdad...*, p. 87, quando diz "*Es probable que tiendan a preferirse las buenas narraciones, incluso si son falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente si son narrativas defectuosas. Sin embargo, esta preferencia puede varias*

dinâmica fica a mercê da história contada (independente de ser verdadeira ou não), cai por terra a busca da verdade material sendo esta afastada pela melhor narrativa, ainda que falsa.

Já Jordi Fenoll faz um estudo interessante comparando essa busca desenfreada da verdade material com o sistema de ordálias, utilizado na idade média como forma de aquisição de provas. Neste sentido "*Es curioso observar como ese fue el modo más ancestral de resolver las situaciones de insuficiencia probatoria. No se dejaba al litigante inerme ante su falta de recursos para probar los hechos que alegaba, sino que se le daba la opción de someterlos a la ese juicio divino. De ese modo, la ordalía excluía la carga de la prueba*"[274]-[275].

Com o processo moderno e a carga de distribuição da prova, exigiu-se que a parte que alega um facto deve prová-lo; logo, aquela parte que não dispõe de provas para demonstrar aquilo que afirma, deve sair vencida na causa. É neste âmbito, segundo o autor, que surgem as inversões da carga da prova[276] e,

dependiendo del tipo de juez que resuelva sobre los hechos (jurado o juez profesional) y dependiendo del tipo de contexto en el que se inserta la narración. Un reportero puede preferir un buen relato sin preocuparse mucho acerca de su veracidad, mientras que un juez podría preferir un relato verdadero, aun si fuera narrativamente pobre".

[274] JORDI NIEVA FENOLL, La Carga de la Prueba: uma reliquia histórica que debiera ser abolida, *Contra la Carga de la Prueba,* ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 41 – 2.

[275] De acordo com JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, O sistema misto de valoração da prova, *O Direito*, III, Ano 146.º, Coimbra, Almedina, 2014, p. 559, sobre o sistema das ordálias. Neste sentido, "No entanto, as ordálias limitavam o juiz a proceder no sentido de aplicar uma condenação sem valorar a prova produzida. Deste modo, o juiz era condicionado por um automatismo aplicador de um determinado resultado, mesmo que discordasse, no seu íntimo, daquele resultado. Por isso, nos termos da própria ordálias, cujo veredicto era determinado em face do apelo ao ente sobrenatural, o juiz via-se obrigado a decidir o dissídio. Ora, como se percebe, o papel do julgador era eminentemente passivo, mecânico, mero aplicador do resultado ditado pela entidade externa ao próprio magistrado. Consequentemente certa doutrina entendia o modela da ordálias uma autêntica negação valorativa da prova".

[276] Cfr. J. NIEVA FENOLL, La Carga de la Prueba..., p. 42.

posteriormente, das cargas dinâmicas da prova[277] (ou facilidade probatória), mas que para ele também não resolve o problema da falta de prova no processo, tendo em vista ser defensor de um sistema de livre valoração da prova, chegando a admitir a existência de um processo sem repartição do ónus. Neste sentido "*no es la carga de la prueba la que asegura la viabilidad del juicio que finamente se dicte, sino la cosa juzgada. No es que la sentencia declare que el hecho no ha existido, sino que no se puede volver a abrir un proceso por los mismos hechos, dado que no podemos estar poniendo constantemente en cuestión ante la justicia una misma situación*"[278].

Para Fenoll, o réu, diante deste sistema de livre valoração da prova, não pode mais esperar que o autor não seja capaz de provar a sua alegação, mas, em vez disso, teria que fornecer as provas necessárias para tentar ganhar o processo. Fazer o contrário seria altamente imprudente, existindo ou não o critério do recurso de evidências[279].

Jordi Beltrán, por outro lado, defende que a teoria dinâmica foi superada pelo princípio da aquisição processual[280], portanto, uma vez produzida à prova, ela pertence ao feito. Para ele, o facto da aplicação desta teoria recair sobre o poder

[277] Neste sentido, J. NIEVA FENOLL, *La valoración...*, pp. 174 e ss.
[278] J. NIEVA FENOLL, La Carga de la Prueba..., p. 44.
[279] Cfr. J. NIEVA FENOLL, La Carga de la Prueba..., p . 48.
[280] Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 69. Sobre o princípio da aquisição processual entende-se que um determinado facto pode ser provado pela parte que não tinha que suportar o ónus probatório e o juiz deverá considerar aquela prova normalmente porque a prova uma vez produzida pertence ao processo e não à parte. Já Para M. TARUFFO, Casi una..., p. 17, "*Este principio establece que si existe prueba relevante para el establecimiento de un hecho, esta puede – y debe – ser tomada en cuenta por el juez, independientemente de su origen, es decir, ya sea que haya sido presentada por la parte que tenía la carga, o bien que haya provenido de la otra parte o un tercero, y también – finalmente – cuando su presentación haya sido dispuesta de oficio por el juez*".

decisório do juiz, em cada caso concreto, significa decidir casuisticamente o direito a ser aplicado[281].

Além disso, o autor também defende que existem outros fundamentos para se contribuir com a produção das provas que não são baseadas na teoria dinâmica. Dentre eles, ele cita o dever de colaboração processual que não traria os inconvenientes de prejudicar a segurança jurídica como num caso de aplicação da carga dinâmica. Caso a parte não colaborasse com este dever de trazer as provas, *lege ferenda*, deveria suportar uma sanção (fosse pecuniária, civil ou penal)[282].

Outra solução interessante apontada por Beltrán para afastar a aplicação da teoria dinâmica e, ao mesmo tempo auxiliar na questão da produção dos meios de provas é o desenvolvimento do mecanismo conhecido pelo direito anglo-saxónico denominado *discovery* ou *disclosure*[283]. Esse mecanismo, portanto, permite não apenas as partes divulgarem as provas que constituem a sua estratégia probatória, mas, sobretudo, permitir que a parte possa solicitar todas as informações relevantes que julgar conveniente à contraparte, que possuiria obrigação de disponibilizá-la[284]-[285].

[281] Cfr. J. FERRER BELTRÁN, La Carga Dinámica..., p. 79.
[282] Cfr. J. FERRER BELTRÁN, La Carga Dinámica..., pp. 80 - 1.
[283] Cfr. J. FERRER BELTRÁN, La Carga Dinámica..., p. 83.
[284] Cfr. J. FERRER BELTRÁN, La Carga Dinámica..., p. 83.
[285] A propósito do *discovery* ou *desclosure*, veja-se, M. TARUFFO, *Simplemente la Verdad*..., p. 263, que anui no seguinte sentido "[...] *es suficiente prever una obligación de disclosure, adecuadamente sancionada, en virtud de la cual cada parte deba producir todas las provas relevantes que posea o que estén disponibles, comprendidas las pruebas que producirían efectos desfavorables hacia ella. Si se trata de lograr que una parte pueda utilizar las pruebas que estén disponibles para la otra parte, tampoco es necesario intervenir en la distribución de las cargas probatorias: sería suficiente - y más correcto - prever una orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada, que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla al juicio".*

Desta forma, observamos que a teoria dinâmica não é a única solução que visa responder diante de uma insuficiência ou dificuldade probatória da parte, pelo contrário, esta teoria é mais uma dentre outras alternativas que poderiam ser também viáveis, como, por exemplo, a aplicação do dever de colaboração (com aplicação de sanção civil), a aplicação do princípio da aquisição e o *disclosure*.

A maior crítica que deve ser dirigida à teoria dinâmica é o facto desta poder representar um arbítrio por parte do juiz diante de determinado caso concreto, pois numa ação judicial prima-se, além do devido respeito ao contraditório, pela segurança jurídica que é indispensável e, sobretudo, pela imparcialidade do julgador, que podem acabar sendo coloca em xeque diante de uma má aplicação desta teoria.

6. Da teoria dinâmica em Portugal: estaria na sua fase embrionária?

De guisa de todo exposto, pode-se concluir que em Portugal não há a teoria dinâmica pelo facto de não haver normatização expressa sobre ela; contudo, há alguma doutrina a dar azo a uma possível existência desta teoria com base em mecanismos principiológicos, com fulcro, principalmente, no artigo 6.º e no artigo 411.º do CPC.

Dentre estes nomes, destaca-se Micael Teixeira que, conforme visto, vislumbrou, inclusive, uma *lacuna oculta* no artigo 342.º do CC a justificar tal teoria no ordenamento luso. Em que pese o enorme dinamismo intelectual do autor e os seus imensos contributos à ciência jurídica portuguesa, ousaremos discordar do seu posicionamento, passemos à análise.

Seria muito temerário prever uma lacuna oculta no 342.º do CC, pois, para ampliar a norma nestes moldes seria preciso, antes de tudo, conjugá-la com outros artigos de ordem principiológica do ordenamento jurídico, como o artigo 6.º, 7.º, 411.º e 417.º do CPC para, só assim, poder-se concluir que se esconde nas entrelinhas a teoria dinâmica, de modo a poder ensejar decisões arbitrárias por parte dos magistrados que teriam que fazer um enorme esforço jurídico interpretativo para fundamentar uma exceção à luz da regra rígida de repartição.

Quando não há normatização expressa sobre algum preceito, forçar uma fundamentação jurídica pode causar certa insegurança jurídica. Basta que pensemos, por exemplo, na inversão do ónus da prova consoante o artigo 344.º do CC, já que a inversão probatória é também uma forma de flexibilizar o encargo probatório[286]. Portanto, qual seria a grande especificidade? Para ocorrer uma inversão do ónus não haveria que se fazer nenhum grande esforço interpretativo da norma, porque ela já está positivada, de modo que, para a sua incidência, basta que a hipótese caiba exatamente nos moldes da lei.

Em suma, a inversão do ónus, ao contrário da teoria dinâmica, foi prevista pelo legislador; assim, pode-se afirmar que, quando o legislador quis prever uma exceção à regra estática do ónus da prova ele a fez de forma expressa no artigo

[286] Em Portugal, as regras sobre o ónus da prova encontram-se previstas nos n.º 1 e 2 do artigo 342.º do CC, de modo que acompanha a alegação, portanto, à parte autora cabe a prova dos seus factos constitutivos do direito apresentado e ao réu a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocados pela contraparte. Sendo assim, os casos de inversão probatória previsto no artigo 344.º são medidas excecionais à regra geral do artigo citado. O artigo 344.º, ao prever hipóteses de inversão probatória, dividiu em: presunção legal, dispensa ou liberação, convenção e determinação legal, todas no n.º 1 e recusa de cooperação, prevista n.º 2 que é quando ocorrer da contraparte, agindo culposamente, impossibilitar a produção da prova de quem tivesse o ónus de produzi-la, sem prejuízo de outras sanções legais que possam ser aplicadas como a desobediência ou às falsas declarações.

344.º do CC. Deste modo, se o legislador não quis consagrar nenhuma outra hipótese de exceção para a regra estática de repartição do ónus da prova é pelo facto de que não existe contemplada no ordenamento jurídico português.

Acompanhando este raciocínio, todos os outros artigos que digam respeito ao dever do juiz de apuração da verdade como, por exemplo, o artigo 6.º que dispõe sobre o dever de gestão processual; o artigo 7.º que prevê sobre o princípio da cooperação; n.º 2 do artigo 417.º do CPC que trata do dever de cooperação e o artigo 411.º que traz o princípio do inquisitório, tem como razão de ser a inversão do ónus culposa, expressa no n.º 2 do artigo 344 e não em decorrência de uma possível teoria dinâmica[287].

[287] Sobre o princípio da gestão processual, há interessantes assuntos que abordam o tema. Cfr. MIGUEL MESQUITA, Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo Processo Civil?, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145.º Ano – 2015/2016, n.º 3994 - 3999, p. 82, ao tentar responder o que é o princípio da gestão processual no novo CPC/2013 diz "A resposta depende, naturalmente, da *visão ideológica* que se tem do processo e, portanto, nunca haverá respostas consensuais entre a doutrina. Que juiz queremos? Um juiz que intervém apenas ao nível do procedimento, moldando-o numa espécie de <<navegação à vista>> ou é desejável ir mais longe e aceitar um juiz que exerça uma influência mais profunda no processo, nomeadamente no respeitante ao *pedido e à causa de pedir?* Mas como compartilhar uma gestão mais profunda com o dever de imparcialidade?". Ainda no seio da questão, o autor conclui, às pp. 108 que "O princípio da gestão, concluindo, pode ser visto como uma espécie de <<Santo Graal>> do moderno Processo Civil, ou seja, como um <<cálice redentor>> que, *a ser usado por homens virtuosos e de bom-senso*, respeitadores dos princípios básicos da Disciplina, acabará por dar uma <<nova vida>> e um novo sentido aos processos destinados à realização do Direito Privado, contribuindo, decisivamente, para alcançarmos a <<Terra Prometida>> e sempre almejada: *a célere, eficiente e justa composição dos litígios*". (Itálico do autor). Já em tom crítico, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, ed. Coimbra, Coimbra, 2013, p. 950, ao criticar a reforma do CPC/2013, refere-se ao princípio da gestão processual como *enigmático*. Neste sentido "Que dizer dos princípios que encontramos na Constituição e que não têm correspondência no processo civil? Que pensar do princípio da cooperação? Bem sabendo que a ideia de o alcandorar em princípio processual tem merecido acerbas críticas da doutrina, ele permanece intocado no Projecto, surgindo, antes dele, um enigmático princípio da gestão processual. Cumpre saber como se devem articular os dois princípios, uma vez que se pode supor que a cooperação recíproca entre as partes e o tribunal pode ficar limitada por uma direção activa do processo e consequente adopcão de mecanismos de simplificação e de agilização processual. Por outro lado,

Desta feita, quando o legislador quis prever uma exceção à regra estática do ónus da prova ele previu a inversão do ónus expressamente no artigo 344.º do CC. Portanto, se o legislador não quis abranger outras hipóteses para além deste artigo não foi por omissão, mas sim porque entendeu que não era viável.

Frisa-se, novamente, que enxergar a existência de uma *lacuna oculta* no artigo 342.º do CC é temerário, podendo ocasionar abusos por parte dos juízes aquando das suas decisões.

E, finalmente, o disposto nos artigo 6.º, artigo 7.º, artigo 411.º e o n.º 2 do artigo 417.º do CPC foram construídos para os casos de aplicação da inversão do ónus culposa, expresso no n.º 2 do artigo 344.º e não visando uma possível aplicação da teoria dinâmica.

É nesta esteira de entendimentos que podemos concluir que a teoria dinâmica do ónus da prova não se sustenta no ordenamento jurídico português, tendo em vista a falta de previsão normativa para tal; muito embora possa encontrar-se na sua fase embrionária na jurisprudência ao abrigo do artigo 71.º, do n.º 1 a 3 do artigo 72.º e do n.º 1 do artigo 113.º do D.L. n.º 91/2018, como também no n.º 1 e 5 do artigo 13.º do D.L. n.º 133/2009, que prevê que cabe ao credor fazer prova da entrega de exemplar de contrato de crédito ao consumidor.

Isso porque, a jurisprudência portuguesa, em casos envolvendo fraudes (como *phishing* e *pharming*) ao consumidor bancário utilizador de *homebanking*, aplica o artigo 71.º, o n.º 1 a 3 do artigo 72.º e o n.º 1 do artigo 113.º do D.L. n.º

talvez conviesse esclarecer, ainda a este propósito, se existe um dever de verdade processual como tem sido amplamente reconhecido noutros ordenamentos jurídicos? Tanto mais que não podemos deixar de considerar muito estranha a imutabilidade do artigo 456.º relativo à litigância de má-fé".

91/2018 que, não obstante, se trate de uma inversão de ónus probatório, assemelha-se muito com a teoria dinâmica pelo facto de entender que a entidade bancária tem maior facilidade de produzir provas sobre a incolumidade do seu sistema operativo informático do que a parte demandante que vista como vulnerável diante de um demandado tão poderoso[288].

Segundo Maria Raquel Guimarães, ao analisar o tema de fraudes bancárias na jurisprudência, conclui que "Dos acórdãos analisados, cerca de 75% deram razão ao utilizador do serviço e apenas 25% decidiram a favor do banco. Não se podendo propriamente vislumbrar aqui uma tendência, na medida em que as circunstâncias de cada caso são diversas e, no essencial, é distinta a prova que é realizada em concreto [...]"[289].

Portanto, diante do exposto, entendemos que ampliar os conceitos das atuais normas vigentes para poder encaixar a teoria dinâmica seria arbitrário e temerário, de modo que somente uma reforma legislativa poderia resolver o imbróglio, caso estabelecesse expressamente sobre a teoria dinâmica.

Já sobre a não entrega de exemplar do contrato de crédito ao consumidor, consoante o n.º 1 e 5 do artigo 13.º do D.L. n.º 133/2009, não estamos frentes um caso de aplicação da teoria dinâmica porque não há nenhuma análise casuística a ser feita pelo julgador, mas sim, diante a uma inversão legal prevista pelo legislador para favorecer o consumidor devedor do seu credor.

[288] Nestes termos, Ac. TRL de 01.10.2020 (Maria Amélia Ameixoeira); Ac. TRP de 14.07.2020 (Fernando Baptista); Ac. TRG de 09.06.2020 (Maria Cristina Cerdeira); Ac. TRL de 21.12.2017 (Manuel Rodrigues).

[289] MARIA RAQUEL GUIMARÃES, O *phishing* de dados bancários e o *pharming* de contas. Análise jurisprudencial, *III Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, p. 427.

Nesta linha de entendimentos, caso no futuro haja uma reforma legislativa apta a abarcar tal teoria, ainda seria preciso observar que a sua aplicação deve-se dar casuisticamente diante do caso concreto, devendo-se ser (in)deferida no despacho saneador, dispor de previsão legal de recurso imediato para o tribunal recursal e, por fim, prever que este recurso tenha ou preveja a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao processo.

Por ora, para relativizar a regra estática do ónus probatório processual no ordenamento jurídico português, somente diante das hipóteses constantes do artigo 344.º do CC. Não havendo teoria dinâmica neste ordenamento luso, conseguimos vislumbrar uma fase ainda embrionária da teoria dinâmica em Portugal, através da aplicação do D.L. n.º 91/2018 e o D.L. n.º 133/2009 que, malgrado tratem de uma inversão probatória, em última *ratio* visam proteger o consumidor que pode ser considerado uma parte potencialmente fraca diante de um litígio frente a uma instituição bancária.

Deste modo, se o ordenamento jurídico português continuar a caminhar por este trilho de proteção de partes vulneráveis (como é o caso do utilizador de *homebanking* e do consumidor que no contrato de crédito ao consumo alega não ter recebido cópia de exemplar do contrato), é possível que no futuro possa abraçar outras formas excecionais de repartição do ónus da prova diferente da regra do CC de repartição estática, mesmo que a título de inversão probatória e não de teoria dinâmica. A nosso ver, o D.L. n.º 91/2018 e o D.L. n.º 133/2009 são exemplos de sementes lançadas num solo que pode ser fértil para frutificar futuras legislações neste sentido de proteção de partes frágeis na relação processual, para alcançar outros segmentos da sociedade como vítimas de erro médico.

7. Da teoria dinâmica no Brasil

No Brasil, o revogado artigo 333 do CPC/1973 ditava uma repartição estanque do ónus probatório cuja flexibilização somente ocorreu com o advento do artigo 6.º, VIII do CDC que previu a inversão do ónus da prova desde que se tratasse de uma relação de consumo, que a alegação fosse verosímil e que a parte fosse hipossuficiente de acordo com as regras ordinárias de experiência. Dessa forma, a jurisprudência passou a relativizar a teoria estática[290].

Ocorre que, visando expandir este conceito de hipossuficiente (ou de vulnerável), a jurisprudência foi sendo consolidada ao abrigo da doutrina, de modo que o artigo 6.º, VIII, CDC passou a ser usado como referência de argumentação para uma repartição do ónus *probandi* diferente do que a própria lei previa para alcançar, não somente os consumidores, mas também a certos segmentos da sociedade que careciam de "amparo" probatório.

Nestes moldes, podemos citar a título de exemplo, dois destes segmentos da sociedade que o STJ acolheu e, ao arrepio da lei, passou a aplicar o seu próprio entendimento da inversão do ónus probatório, baseado no conceito de vulnerabilidade do CDC.

O primeiro sector na qual recaiu esse entendimento elástico de vulnerável foi o meio ambiente. Segundo a edição n. 25: processo coletivo – III da Jurisprudência em teses do STJ,

[290] Neste sentido, vejam-se, REsp 1060753 de 14.12.2009 (Eliana Calmon); AREsp 196481 de 25.11.2015 (Marco Buzzi); REsp 883656 de 28.02.2012 (Herman Benjamin); AREsp 153797 de 16.06.2014 (Marco Buzzi); REsp 972902 de 14.09.2009 (Eliana Calmon) e REsp 1134864 de 11.04.2013 (Ricardo Villas Bôas Cueva).

> 2) É possível a inversão do ônus da prova da ação civil pública em matéria ambiental a partir da interpretação do artigo 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985". Acrescenta, ainda, a edição n. 30: direito ambiental – Jurisprudência em teses do STJ que dispõe "4) O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva[291]-[292].

Regista-se que esta inversão do ónus da prova pode-se dar através de três modalidades que são: *ope iudicis*[293], *ope legis*[294] e por meio de convenção entre as partes. A primeira é a que encontramos no já mencionado artigo 6.º, VIII, CDC; a segunda é justamente aquela que decorre da lei e não do critério do juiz, podemos citar a título de exemplificação o artigo 12, § 3.º, II; artigo 14, § 3.º, I e artigo 38 todos do CDC e, por fim, com relação à terceira modalidade de inversão, a saber, a convencional, a mesma será observada quando decorrer de um acordo de vontade das partes envolvidas.

---

[291] Ambas as decisões são anteriores ao atual CPC/2015 e foram consultadas em https://corpus927.enfam.jus.br/legislacao/cdc-90 em 20.09.2021.

[292] Cfr. DANIEL AMORIM ASSSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. Único, 13.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 726, esta inversão também já era observada em se tratando de partes idosas, tendo em vista o Estatuto do Idoso que assegura aos idosos maiores de 60 anos a facilitação na produção probatória. Sendo assim, o STJ entendia que haveria a necessidade de inversão do ónus, tendo em vista a dificuldade que esses litigantes pudessem ter.

[293] Segundo D. AMORIM ASSSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito...*, p. 728, esta modalidade foi a mais afetada com a promulgação do CPC em 2015. Conforme o autor, "A partir da § 1.º do artigo 373 do Novo CPC, a inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ônus da prova".

[294] D. AMORIM ASSSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito...*, p. 728, cita que para a ocorrência da inversão pela lei, não se exige que a parte preencha nenhum requisito legal porque as hipóteses de incidências vêm previstas expressamente em lei. O autor defende que não seriam inversões propriamente ditas tendo em vista que estaríamos diante "de uma regra legal específica em sentido contrário à regra legal genérica de distribuição do ônus da prova".

Malgrado a jurisprudência já se socorresse desta ampliação do conceito de vulnerabilidade construído em prol do princípio da isonomia de direito dos litigantes, vozes na doutrina[295] aclamavam pela normatização da teoria dinâmica para contrastar com a teoria estática do então artigo 333 do CPC/1973. Para isso, seria necessário criar um novo CPC que incorporasse inovações principiológicas, como, por exemplo, o princípio da cooperação, o princípio da vedação das decisões surpresa e princípio da isonomia pelo julgamento de feitos pela ordem cronológica.

Sucede que, muito embora se tenha inaugurado um novo código de procedimentos brasileiro em 2015, a normatização da teoria dinâmica ficou muito aquém do que era esperado pela doutrina que já a defendia. Entretanto, ainda assim pode-se considerar como uma evolução normativa, uma vez que o revogado artigo 333 do CPC/1973 previa somente uma distribuição estática do ónus da prova, cabendo aos operadores do direito uma interpretação extensiva com base no artigo 6.º, VIII, CDC, conforme verificado.

Desta forma, consoante o artigo 373, I e II do CPC/2015, verificou tratar-se da teoria estática do ónus da prova, que deve reger todas as relações processuais, porque é aqui que encontramos a regra da distribuição do encargo probatório, conquanto que a teoria dinâmica do ónus *probandi* foi incorporada somente no § 1.º do artigo 373 do CPC/2015 como uma exceção à regra geral de distribuição de encargos da prova.

Portanto, regista-se que a teoria dinâmica é no CPC/2015 uma exceção a ser observada somente aquando verificar-se as hipóteses de incidência que estão

[295] Antes do advento do CPC/2015 que passou a dispor expressamente sobre a teoria dinâmica alguns autores como, a título de exemplo, Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Antonio Janyr Dall'agnol Jr., já sustentavam a favor da teoria dinâmica do ónus da prova.

previstas naquele § 1.º, como previsão em lei ou impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório original que é a regra ou, ainda, quando houver mais facilidade de obtenção de provas por uma parte processual[296].

Importante frisar que, justamente pelo facto da teoria dinâmica se tratar de uma exceção à regra da distribuição do ónus da prova, a decisão que a determine deverá ser fundamentada a fim de que a parte encarregada da produção de provas tenha tempo hábil para se desincumbir deste ónus[297].

Já quanto ao momento da sua aplicação, esta deve ser deferida preferencialmente na ocasião do despacho saneador, pois é esse o momento nevrálgico processual em que o julgador já tem, diante de si, tanto as alegações do demandante como a do demandado. É neste momento que o juiz pode ponderar o seu juízo de valor, pois será aí que o julgador já terá condições de averiguar quem tem (pelo menos em tese) capacidade necessária para suportar o encargo probatório[298].

---

[296] A análise quanto a isso será casuística porque somente o juiz diante do caso concreto poderá analisar quem está em melhores condições de trazer a prova em juízo. Como nessa segunda hipótese não abrange os casos previstos em lei, se o juiz se omitir, valerá a regra geral do *caput*, ou seja, o autor provará os seus factos constitutivos do seu direito alegado e o réu os factos impeditivos, modificativos e extintivos.

[297] Além de a decisão ser fundamentada é fundamental que não ocorra a chamada prova diabólica inversa prevista no § 2.º do artigo 373 do CPC/2015. Cfr. LUIZ FLÁVIO GOMES, O que é a prova diabólica?, *Jusbrasil*, 2008. Consultado e acedido em 22.09.2021 https://lfg.jusbrasil.com.br/, "É a chamada prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo. A prova diabólica existe muito na prática e fez a doutrina do ônus da prova ser repensada".

[298] Cfr. FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*, II, 16.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 152, enfatiza que a exigência de motivação para a aplicação da redistribuição decorre do artigo 93, IX, da CRFB. Por outro lado, o momento adequado para se operar a redistribuição é qualquer um "desde que se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o artigo 357, III, CPC."

Portanto, o momento de deferimento da teoria deve ser no despacho saneador, não antes, de modo que o magistrado ainda não teria contato com todos os argumentos das partes e, tão pouco depois, sob pena de violar o contrário, já que, se houver necessidade de redistribuição do ónus, a parte onerada deverá ter tempo hábil para se defender desta incumbência. Outrossim, a parte tem que dispor de um recurso imediato com efeito suspensivo para poder discutir esse encargo num tribunal de recurso, sob pena de violação a sua ampla defesa.

Daqui resulta que, em suma, quando à análise da matéria para a aplicação da teoria dinâmica, a mesma é casuística; quanto ao seu momento de deferimento é feito no despacho saneador, sob pena de violação ao contraditório; quanto ao recurso cabível à parte onerada, o ordenamento deve prever um recurso imediato para o tribunal recursal visando-se rediscutir o ónus imposto, sob pena de violação a ampla defesa e, por fim, quanto ao efeito deste recurso deve ser observado o efeito suspensivo automático ou, pelo menos a possibilidade de ser atribuído este efeito ao recurso.

O CPC/2015 previu, de certa forma, estes momentos. Conforme já foi objeto de análise, o artigo 373, § 1.º regula a teoria dinâmica de forma excecional. Por conseguinte, no artigo 357, III, o CPC determina o momento da aplicação da distribuição do ónus da prova na decisão saneadora. Por fim, o artigo 1.015, XI irá prever o recurso de agravo de instrumento em face das decisões que versarem sobre

Enquanto em Portugal, segundo M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma..., p. 372, entende-se que o momento adequado para aplicação da teoria dinâmica (caso esta teoria fosse aceita) seria na audiência prévia. Para H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, p. 270, entende que este momento de aplicação da teoria dinâmica seria um "momento muito anterior à realização da audiência final e, por conseguinte, à prolação da sentença".

a redistribuição do ónus probatório nos termos do § 1.º do artigo 373, CPC, podendo ser atribuído efeito suspensivo a este recurso, nos moldes do artigo 1.019, I.

8. Do ativismo judicial e da teoria dinâmica no Brasil

Neste ponto, a teoria tem a sua razão de ser na busca da paridade processual de armas, pois é inegável que, a depender do caso em concreto, a parte esteja numa posição menos favorecida para suportar a produção de provas.

Também é verdade que o legislador não tem como prever todas as situações possíveis para abranger as gamas de acontecimentos sociais que podem ocorrer, até porque a sociedade está em constante movimento progresso. Assim, pensar que uma única teoria poderia responder por todos os nossos anseios é a mesma coisa que pensar que o direito transmutou-se numa equação matemática. O que não é o caso, e nem deve ser.

Em suma, a teoria, gostemos ou não, já existe no ordenamento jurídico processual brasileiro, a questão agora é saber se ela tem sido aplicada da forma como lhe cabe, ou seja, de modo excecional ou se, por outro lado, ela não teria se transmutado numa regra processual.

É interessante trazer a ribalta que "a teoria dinâmica enquadra-se numa perspetiva favorável ao ativismo judicial. Não em sede de aquisição probatória, mas a propósito da repartição do ónus probatório"[299]. Isso porque, antes mesmo desta teoria encontrar-se normatizada, conforme já observamos, os tribunais brasileiros relativizavam a distribuição do ónus *probandi*, ampliando o conceito de parte

[299] J. L. BONIFÁCIO RAMOS, *Questões Actuais...*, p. 160.

vulnerável na relação processual. Sobre este ativismo judicial, é sabido que o STF brasileiro é a Corte Constitucional mais poderosa do mundo[300], haja vista as suas polêmicas decisões judiciais que mais se enquadrariam na roupagem de um legislador atuante[301]-[302].

Ocorre que os ministros do STF não são membros do Poder Legislativo, eles compõem o órgão judiciário (cfr. artigo 92, I e artigo 101 CRFB) e, desta forma, tem como único objetivo zelar pelo bom funcionamento da Constituição Federal (cfr. artigo 102, CRFB), de modo que não deveria ser permitido que o tribunal atuasse como parlamentar fosse, porque os juízes não são representantes do povo, eles não representam a vontade popular expressa no voto e, de igual modo, não estão preparados para atender os anseios populares.

Sendo assim, os julgadores deveriam fazer bom uso do texto expresso na lei sem alargar conceitos ao argumento de igualdade material de armas. No caso do Brasil, o advento do CDC já representou um paradigma tendo em vista a possibilidade da inversão do ónus (cfr. artigo 6.º, VII) a favor do consumidor

[300] Cfr. C. BLANCO MORAES, As 'ideologias da interpretação'..., p. 286, diz que "O Brasil constitui, quanto a esta questão, um laboratório paradigmático, não apenas por ser a única potencia regional relevante desse hemisfério, mas porque o STF se converteu, graças ao seu ativismo, no mais poderoso Tribunal Constitucional do mundo".

[301] Sobre algumas decisões atuantes do STF brasileiros, podemos citar: o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo; a validade da Lei da Ficha Limpa; não à revisão da Lei de Anistia; normas para uso de algemas em presos; liberação para pesquisa com células-tronco; cotas raciais no ensino superior; constitucionalidade de terras quilombolas, dentre outros. Em discussão no STF, atualmente, podemos encontrar, por exemplo, a descriminação do porte de drogas para uso pessoal e o aborto até o terceiro mês de gestação. Consultado em http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp acessado em 21.09.2021.

[302] Neste sentido, JORGE W. PEYRANO, El Activismo Judicial Democrático, *Derecho Y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. III, ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 2049, "*Ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos*".

hipossuficiente. Naquela década de 1990, quando se inaugurou este código, o legislador entendeu que os consumidores deveriam ser protegidos através de uma distribuição de ónus facilitada. Nada impediria que o legislador, respondendo aos propósitos da sociedade, inovasse legislativamente para beneficiar outros segmentos que carecessem também de uma facilidade de ónus probatório, como, por exemplo, o meio ambiente, os idosos, os menores de idade. Contudo, a partir do momento que o judiciário se torna um ativista legislativo, ele retira de quem é o verdadeiro legitimado o seu papel principal: o de criar leis.

Comenta Daniel Assumpção que

> Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais (*Informativo* 418/STJ, 2.ª Turma, Resp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon [...]) e na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.º, 3.º e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguravam aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção e a efetivação concreta desse direito (STJ, 1.ª Truma, RMS 38.025/BA, rel. Sérgio Kukina [...]). No entanto, já existem decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive com bases constitucionais [...], ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ônus probatório diante da insuficiência da regra geral [...][303].

Deste modo, não há mais nenhuma dúvida de que os tribunais brasileiros já aplicavam a teoria dinâmica mesmo antes da normatizada pelo CPC/2015.

Agora, tendo em vista a disciplina em análise, destaca-se o comportamento atual do STJ aquando da aplicação da teoria dinâmica, vejamos: sobre

[303] DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 705.

responsabilidade por erro médico em casos de vulnerabilidade e hipossuficiência técnica da vítima, o STJ tem aplicado o § 1.º do artigo 373, do CPC/2015 para reconhecer a redistribuição do encargo probatório, nestes moldes, Ag. Int. no AREsp 1.292.086/RJ de 13.09.2018 (Rel. Min. Assusete Magalhães); REsp 1.667.776/SP de 01.08.2017, (Rel. Min. Herman Benjamin); AREsp 1707152 de 12.11.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães); AREsp 1723285 de 26.02.2021 (Rel. Min. Sérgio Kukina); AREsp 1682349 de 22.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin).

Outro exemplo de aplicação envolvendo a redistribuição do ónus são os casos sobre fraude bancária em que o STJ entende que a responsabilidade da instituição financeira é objetiva quando não haja erro grosseiro por parte da vítima. O tema, inclusive, é objeto de súmula do mesmo tribunal, que diz "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"[304]. Neste sentido também, REsp 1737411/SP de 12.04.2019 (Rel. Min. Nancy Andrighi); AgInt no AREsp 1173934/SP de 17.09.2018 (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva) e AgInt no AREsp 1158721/SP d 08.05.2018 (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti).

Mais um exemplo seria a facilitação da inversão do ónus da prova por meio da teoria dinâmica em casos de responsabilidade civil do estado, em que se entende

[304] Enunciado Sumular n.º 479 STJ de 01.08.2012, (Tese julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/73 - TEMA 466). Consultado https://scon.stj.jus.br/SCON/ em 25.09.2021. Neste sentido "O entendimento da Segunda Seção desta Corte, firmado sob o regime dos recursos repetitivos, é no sentido de que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes praticadas por terceiros, pois tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento que se caracteriza como fortuito interno".

que o ente estatal é quem dispõe de maior facilidade para a produção das provas necessárias à elucidação dos factos, além de ter o dever especial de assegurar a integridade e a dignidade daqueles que se encontram sob a sua custódia. Neste sentido, AREsp 1717869/MG de 20.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin); AgInt no AREsp 1814492/DF de 21.06.2021 (Rel. Min. Mauro Campbell Marques); AgInt no AREsp 1757143/DF de 01.03.2021 (Rel. Min. Assusete Magalhães) e AgInt no AREsp 1707152/DF de 26.10.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães).

Em suma, como o conceito de pessoa vulnerável desenvolvido a partir do direito consumerista brasileiro[305] foi muito ampliado pela jurisprudência no decorrer dos anos para abranger até mesmo situações das quais a pessoa não é consumidora (como no caso de responsabilidade civil estatal), ocorre que no Brasil é difícil o homem médio não se enquadrar na noção de *vulnerabilidade*[306].

Diante disso, uma norma que deveria ser aplicada de forma excecional, como é o caso do § 1º do artigo 373, do CPC/2015, parece transformar-se na regra

[305] Sobre este conceito vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*, 9.ª ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 293, que diz "Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no artigo 4.º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão 'destinatário final' do artigo 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º".

[306] Outro exemplo de ampliação do conceito de consumidor é para alcançar os chamados consumidores *bystanders* (ou consumidores por equiparação), prevista no artigo 17 do CDC. Cita-se como exemplo o REsp 1787318 de 18.06.2020 (Paulo de Tarso Sanseverino) que já na ementa entendeu que "1. Demanda indenizatória ajuizada por pedestre atropelado por ônibus durante a prestação do serviço de transporte de pessoas. 2. Enquadramento do demandante atropelado por ônibus coletivo, enquanto vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do artigo 17 do CDC ("bystander"), não sendo necessário que os consumidores, usuários do serviço, tenham sido conjuntamente vitimados".

de ónus probatório no direito brasileiro, porque se entende que esta vulnerabilidade é a causa necessária para a parte processual ter a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o seu encargo probatório.

Desta forma, a conclusão derradeira que se chega após todo o exposto é que os tribunais do Brasil já se utilizavam de uma verdadeira relativização da regra estática do ónus probatório muito antes da sua normatização expressa. Mesmo no caso da teoria ser usada de modo excecional, ainda assim, criar-se-ia razões para alardes porque fica ao arbítrio do juiz decidir em cada caso concreto aplicar a teoria ou não, podendo ocorrer abusos. Neste sentido "Já no *sistema de distribuição do ônus da prova*, não existe norma legal que preveja a prior e de forma abstrata a distribuição do ônus entre autor e réu, cabendo ao juiz, no caso concreto, realizar tal distribuição, tomando como critério a maior facilidade da parte em se desincumbir do ônus, ou seja, terá o ônus, a parte que tenha maior facilidade na produção da prova"[307].

Verifica-se que a teoria dinâmica hoje no Brasil tem tomado às vestes da regra da distribuição que deveria ser a do ónus estático, bastando que a parte esteja numa situação de vulnerabilidade no sentido de cumprir o seu encargo probatório, sendo ou não consumidor. Sendo assim, a teoria deveria ser aplicada de forma restritiva, nos exatos moldes como o legislador previu: uma exceção à regra geral.

Também é verdade que o legislador não tem como prever todas as situações possíveis para abranger as gamas de acontecimentos sociais que podem ocorrer, até porque a sociedade está em constante movimento progresso. Assim, pensar que uma única teoria poderia responder por todos os nossos anseios é a mesma coisa

[307] D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código...*, p. 704.

que pensar que o direito transmutou-se numa equação matemática. O que não é o caso, e nem deve ser.

Em suma, a teoria, gostemos ou não, já existe no ordenamento jurídico processual brasileiro, a questão agora é saber se ela tem sido aplicada da forma como lhe cabe, ou seja, de modo excecional ou se, por outro lado, ela não teria se transmutado numa regra processual.

É interessante trazer a ribalta que "a teoria dinâmica enquadra-se numa perspetiva favorável ao ativismo judicial. Não em sede de aquisição probatória, mas a propósito da repartição do ónus probatório"[308]. Isso porque, antes mesmo desta teoria encontrar-se normatizada, conforme já observamos, os tribunais brasileiros relativizavam a distribuição do ónus *probandi*, ampliando o conceito de parte vulnerável na relação processual. Sobre este ativismo judicial, é sabido que o STF brasileiro é a Corte Constitucional mais poderosa do mundo[309], haja vista as suas polêmicas decisões judiciais que mais se enquadrariam na roupagem de um legislador atuante[310]-[311].

[308] J. L. BONIFÁCIO RAMOS, *Questões Actuais...*, p. 160.

[309] Cfr. C. BLANCO MORAES, As 'ideologias da interpretação'..., p. 286, diz que "O Brasil constitui, quanto a esta questão, um laboratório paradigmático, não apenas por ser a única potencia regional relevante desse hemisfério, mas porque o STF se converteu, graças ao seu ativismo, no mais poderoso Tribunal Constitucional do mundo".

[310] Sobre algumas decisões atuantes do STF brasileiros, podemos citar: o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo; a validade da Lei da Ficha Limpa; não à revisão da Lei de Anistia; normas para uso de algemas em presos; liberação para pesquisa com células-tronco; cotas raciais no ensino superior; constitucionalidade de terras quilombolas, dentre outros. Em discussão no STF, atualmente, podemos encontrar, por exemplo, a descriminação do porte de drogas para uso pessoal e o aborto até o terceiro mês de gestação. Consultado em http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp acessado em 21.09.2021.

[311] Neste sentido, JORGE W. PEYRANO, "El Activismo Judicial Democrático", *Derecho Y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. III, ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 2049, "*Ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a*

Ocorre que os ministros do STF não são membros do Poder Legislativo, eles compõem o órgão judiciário (cfr. artigo 92, I e artigo 101 CRFB) e, desta forma, tem como único objetivo zelar pelo bom funcionamento da Constituição Federal (cfr. artigo 102, CRFB), de modo que não deveria ser permitido que o tribunal atuasse como parlamentar fosse, porque os juízes não são representantes do povo, eles não representam a vontade popular expressa no voto e, de igual modo, não estão preparados para atender os anseios populares.

Sendo assim, os julgadores deveriam fazer bom uso do texto expresso na lei sem alargar conceitos ao argumento de igualdade material de armas. No caso do Brasil, o advento do CDC já representou um paradigma tendo em vista a possibilidade da inversão do ónus (cfr. artigo 6.º, VII) a favor do consumidor hipossuficiente. Naquela década de 1990, quando se inaugurou este código, o legislador entendeu que os consumidores deveriam ser protegidos através de uma distribuição de ónus facilitada. Nada impediria que o legislador, respondendo aos propósitos da sociedade, inovasse legislativamente para beneficiar outros segmentos que carecessem também de uma facilidade de ónus probatório, como, por exemplo, o meio ambiente, os idosos, os menores de idade. Contudo, a partir do momento que o judiciário se torna um ativista legislativo, ele retira de quem é o verdadeiro legitimado o seu papel principal: o de criar leis.

Comenta Daniel Assumpção que

> Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais (*Informativo* 418/STJ, 2.ª

cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos".

> Turma, Resp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon [...]) e também na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.º, 3.º e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguravam aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção e a efetivação concreta desse direito (STJ, 1.ª Truma, RMS 38.025/BA, rel. Sérgio Kukina [...]). No entanto, já existem decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive com bases constitucionais [...], ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ônus probatório diante da insuficiência da regra geral [...][312].

Deste modo, não há mais nenhuma dúvida de que os tribunais brasileiros já aplicavam a teoria dinâmica mesmo antes da normatizada pelo CPC/2015.

Agora, tendo em vista a disciplina em análise, destaca-se o comportamento atual do STJ aquando da aplicação da teoria dinâmica, vejamos: sobre responsabilidade por erro médico em casos de vulnerabilidade e hipossuficiência técnica da vítima, o STJ tem aplicado o § 1.º do artigo 373, do CPC/2015 para reconhecer a redistribuição do encargo probatório, nestes moldes, Ag. Int. no AREsp 1.292.086/RJ de 13.09.2018 (Rel. Min. Assusete Magalhães); REsp 1.667.776/SP de 01.08.2017, (Rel. Min. Herman Benjamin); AREsp 1707152 de 12.11.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães); AREsp 1723285 de 26.02.2021 (Rel. Min. Sérgio Kukina); AREsp 1682349 de 22.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin).

Outro exemplo de aplicação envolvendo a redistribuição do ónus são os casos sobre fraude bancária em que o STJ entende que a responsabilidade da instituição financeira é objetiva quando não haja erro grosseiro por parte da vítima.

[312] DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 705.

O tema, inclusive, é objeto de súmula do mesmo tribunal, que diz "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias"[313]. Neste sentido também, REsp 1737411/SP de 12.04.2019 (Rel. Min. Nancy Andrighi); AgInt no AREsp 1173934/SP de 17.09.2018 (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva) e AgInt no AREsp 1158721/SP d 08.05.2018 (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti).

Mais um exemplo seria a facilitação da inversão do ónus da prova por meio da teoria dinâmica em casos de responsabilidade civil do estado, em que se entende que o ente estatal é quem dispõe de maior facilidade para a produção das provas necessárias à elucidação dos factos, além de ter o dever especial de assegurar a integridade e a dignidade daqueles que se encontram sob a sua custódia. Neste sentido, AREsp 1717869/MG de 20.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin); AgInt no AREsp 1814492/DF de 21.06.2021 (Rel. Min. Mauro Campbell Marques); AgInt no AREsp 1757143/DF de 01.03.2021 (Rel. Min. Assusete Magalhães) e AgInt no AREsp 1707152/DF de 26.10.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães).

Em suma, como o conceito de pessoa vulnerável desenvolvido a partir do direito consumerista brasileiro[314] foi muito ampliado pela jurisprudência no

[313] Enunciado Sumular n.º 479 STJ de 01.08.2012, (Tese julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/73 - TEMA 466). Consultado https://scon.stj.jus.br/SCON/ em 25.09.2021. Neste sentido "O entendimento da Segunda Seção desta Corte, firmado sob o regime dos recursos repetitivos, é no sentido de que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes praticadas por terceiros, pois tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento que se caracteriza como fortuito interno".

[314] Sobre este conceito vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*, 9.ª ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 293, que diz "Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o

decorrer dos anos para abranger até mesmo situações das quais a pessoa não é consumidora (como no caso de responsabilidade civil estatal), ocorre que no Brasil é difícil o homem médio não se enquadrar na noção de *vulnerabilidade*[315].

Diante disso, uma norma que deveria ser aplicada de forma excecional, como é o caso do § 1º do artigo 373, do CPC/2015, parece transformar-se na regra de ónus probatório no direito brasileiro, porque se entende que esta vulnerabilidade é a causa necessária para a parte processual ter a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o seu encargo probatório.

Desta forma, a conclusão derradeira que se chega após todo o exposto é que os tribunais do Brasil já se utilizavam de uma verdadeira relativização da regra estática do ónus probatório muito antes da sua normatização expressa. Mesmo no caso da teoria ser usada de modo excecional, ainda assim, criar-se-ia razões para alardes porque fica ao arbítrio do juiz decidir em cada caso concreto aplicar a teoria ou não, podendo ocorrer abusos. Neste sentido "Já no *sistema de distribuição do ônus da prova*, não existe norma legal que preveja a prior e de forma abstrata a distribuição do ônus entre autor e réu, cabendo ao juiz, no caso concreto, realizar

consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no artigo 4.º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão 'destinatário final' do artigo 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º".

315 Outro exemplo de ampliação do conceito de consumidor é para alcançar os chamados consumidores *bystanders* (ou consumidores por equiparação), prevista no artigo 17 do CDC. Cita-se como exemplo o REsp 1787318 de 18.06.2020 (Paulo de Tarso Sanseverino) que já na ementa entendeu que "1. Demanda indenizatória ajuizada por pedestre atropelado por ônibus durante a prestação do serviço de transporte de pessoas. 2. Enquadramento do demandante atropelado por ônibus coletivo, enquanto vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do artigo 17 do CDC ("bystander"), não sendo necessário que os consumidores, usuários do serviço, tenham sido conjuntamente vitimados".

tal distribuição, tomando como critério a maior facilidade da parte em se desincumbir do ônus, ou seja, terá o ônus, a parte que tenha maior facilidade na produção da prova"[316].

Verifica-se que a teoria dinâmica hoje no Brasil tem tomado às vestes da regra da distribuição que deveria ser a do ónus estático, bastando que a parte esteja numa situação de vulnerabilidade no sentido de cumprir o seu encargo probatório, sendo ou não consumidor. Sendo assim, a teoria deveria ser aplicada de forma restritiva, nos exatos moldes como o legislador previu: uma exceção à regra geral.

9. Conclusão

Diante de todo o exposto, visa-se agora responder às questões a que nos propusemos aquando do introito deste trabalho.

Desta forma, i) Há teoria dinâmica em Portugal? Concluímos não haver teoria dinâmica em Portugal tendo em vista que o ordenamento jurídico não a prevê expressamente; não obstante, os esforços interpretativos de ordem principiológica de alguns doutrinadores, podemos afirmar que tais argumentos não se sustentam, porque estes novos princípios consagrados no código de procedimentos português de 2013 foram pensados pelo legislador para embasar uma inversão culposa do artigo 344.º do CC e não uma pretensa aplicação da teoria dinâmica.

Em relação à segunda questão formulada, a saber, ii) Caso não haja teoria dinâmica em Portugal, deveria haver? Entendemos que a teoria dinâmica, muito embora esteja construída no intuito de proteger a parte mais frágil da relação

[316] D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código...*, p. 704.

processual, traz mais inseguranças do que certezas. Isso porque o juiz deixa de ser um julgador imparcial para assumir, já de antemão, uma posição na demanda que não lhe cabe: escolher um lado. Podemos observar que a teoria dinâmica pode transformar o processo num verdadeiro palco de arbitrariedades, tendo em vista que caberia ao juiz e não a lei a redistribuição do ónus probatório, podendo-se comprometer a segurança jurídica que se espera.

No que tange à terceira pergunta, isto é, iii) Qual deveria ser a melhor solução para a regra estática do ónus da prova em Portugal, na ocasião de uma das partes litigantes ser considerada mais frágil? Entendemos que somente a lei pode prever hipóteses de redistribuição do ónus probatório. Portanto, ficaria a cargo do legislador prever as incidências da norma, tal como previu no caso de partes litigantes consideradas mais fracas, como o consumidor utilizador de homebanking. Desta feita, entendemos que, diante de partes consideradas mais frágeis, como este exemplo acima, o legislador (e somente ele) pode prever inversões probatórias. Contudo, devemos lembrar que tanto as hipóteses de inversão de ónus (como as hipóteses de teoria dinâmica, caso houvesse) são exceções à regra estática do ónus probatório.

Sobre a quarta questão a ser respondida, já se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, iv) No Brasil, onde a teoria dinâmica é hoje expressamente normatizada no CPC/15, a aplicação desta teoria tem sido feita da forma como o legislador a previu, ou seja, como uma exceção à regra? Observamos no transcorrer deste trabalho que o STJ brasileiro tem adotado a teoria dinâmica, que deveria ser uma exceção, em regra processual de distribuição de encargo probatório. Isso porque o conceito de pessoa hipossuficiente, previsto no CDC, ao longo do tempo foi a tornar-se elástico para alcançar outros segmentos da sociedade considerados

frágeis para além dos consumidores, como o meio ambiente, o idoso e a vítima de irresponsabilidade estatal. Desta forma, é difícil hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, que o cidadão médio não se encaixe em algum conceito de vulnerabilidade. Por isso que ainda trouxemos como exemplo o caso de consumidores por equiparação, como no caso do julgado REsp 1787318 de 18.06.2020 (Paulo de Tarso Sanseverino), conforme nota de rodapé n.º 71, em que se vislumbra nitidamente um conceito alargado de consumidor, como uma pessoa vítima de atropelamento por um autocarro.

E, por fim, quanto à última pergunta, isto é, v) Como a teoria dinâmica deveria ser observada no Brasil após o advento do CPC/15, de forma ampla ou de forma restritiva? Conforme observamos na doutrina atual e na jurisprudência sobre o tema, entendemos que a teoria dinâmica hoje no Brasil veste uma roupagem de regra processual, enquanto, a verdade é que esta não foi a intenção do legislador. Em 2015, aquando do advento do novo código de procedimentos brasileiro, o legislador resolveu seguir uma tendência que já era observada em larga escala tanto na doutrina como pelos tribunais, qual seja, a teoria dinâmica. Contudo, a normatização expressa da teoria dinâmica fez às vezes da regra de distribuição do ónus, porque o que era para ser uma exceção transformou-se num ditame processual usado com pouca moderação pelos tribunais ao argumento de proteção das partes mais fracas.

Referências bibliográficas

ÁLVAREZ, Ana Rodríguez, *La Carga de La Prueba en Supuestos de Discriminación*: Su regulación en el proceso civil, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2020.
BAUM, L. Frank, *The Wonderful Land of Oz* [online], Etext n.º 17426, Read by Roy TRUMBULL, Project Gutenberg, 2005 [acesso em: 2 mar 2006], MP3 format, 4.08 MB,

Disponível em: http://www.gutenberg.org/files/17426/17426-mp3/17426-mp3-chap10.mp3
BELTRÁN, Jordi Ferrer, La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 53 – 84.
CARNELOS, Rubens Sampaio, A técnica de dinamização do ônus da prova no modelo constitucional do processo, *Jus Navigandi*, 2019, Consultado e acedido em 01.09.2021 Disponível em: https://jus.com.br.
CARVALHO, Jorge Morais de e TEIXEIRA, Micael, Crédito ao consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade, *Caderno de Direito Privado*, n.º 42, Abril – Junho de 2013, pp. 36 – 52.
CARVALHO, Jorge Morais de, Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação, *Estudos de Direito Bancário I*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 297 – 325.
DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *Curso de Direito Processual Civil*, II, 16.ª ed., Juspodivm, Bahia, 2021.
FENOLL, Jordi Nieva, La Carga de la Prueba: Uma Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 23 – 49.
FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
FERNANDES, Elisabeth, A prova difícil ou impossível, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, 1.ª ed., ed. Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 811 – 834.
GOMES, Luiz Flávio, O que é a prova diabólica?, *Jusbrasil*, 2008. Consultado e acedido em 22.09.2021, Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/.
GUIMARÃES, Maria Raquel, O phishing de dados bancários e o pharming de contas. Análise jurisprudencial, *III Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, pp. 406 – 431.
MARQUES, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais, 9.ª ed., ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2019.
MESQUITA, Miguel, Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo Processo Civil?, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145.º Ano – 2015/2016, n.º 3994 - 3999, pp. 78 - 108.
MORAES, Carlos Blanco, As 'ideologias da interpretação': e o ativismo judicial: o impacto das 'ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, vol. I, ed. Almedina, Coimbra, 2016, pp. 273 – 290.
NEVES, Daniel Amorim Asssumpção, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ª ed., Juspodivm, Bahia, 2021.
NEVES, Daniel Amorim Asssumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. Único, 13.ª ed., Juspodivm, Bahia, 2021.
PEYRANO, Jorge W, El Activismo Judicial Democrático, Derecho Y Proceso. *Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, vol. III, ed. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 2043 - 2050.
PEYRANO, Jorge W, La carga de la prueba, *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2011, pp. 957 - 974.

RAMOS, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, *O Direito*, III, Ano 146.º, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 555 – 582.
RAMOS, José Luís Bonifácio, *Questões Actuais de Direito Probatório*, ed. AAFDL, Lisboa, 2020.
RAMOS, José Luís Bonifácio, Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, ed. Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 917 – 956.
SANTOS, Hugo Luz dos A distribuição do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas de *Iure Condendo*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1 - 4, ano LVII, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 245 – 278.
TARUFFO, Michele, Casi una introducción, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 11 – 21.
TARUFFO, Michele, *Simplemente la Verdad* – El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid, 2010.
TEXEIRA, Micael Martins, Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 265 – 386.