

O Activismo Judicial e o Processo Civil

Judicial Activism and Civil Procedure

Data de submissão: 06 jul. 2024
Data de aprovação*: 12 jul. 2024

José Luís Bonifácio Ramos

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal).

RESUMO: O presente artigo procura estudar algumas vertentes do activismo judicial no processo civil. Em especial, na aquisição da prova, na cooperação processual e na repartição do ónus da prova. Assim, apesar das tendências que desvalorizam o crescente protagonismo da actividade do juiz cível, existem aspectos onde resulta evidente o acréscimo de poderes e de protagonismo deste sujeito processual.

PALAVRAS-CHAVE: activismo judicial; aquisição da prova; cooperação processual; ónus da prova; teoria dinâmica do ónus da prova.

ABSTRACT: This paper seeks to study aspects of judicial activism in civil procedure. In particular, in the acquisition of evidence, in procedural cooperation, burden of proof, and the dynamic theory of burden of proof. Thus, despite the tendencies that devalue the growing protagonism of the activity of the civil judge, there are aspects where it is evident the increase of powers and protagonism of this procedural subject.

KEYWORDS: judicial activism; acquisition of evidence; procedural cooperation; burden of proof; dynamic theory of burden of proof.

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais. 2 Aquisição oficiosa da prova: uma espécie de activismo? 3 O garantismo. 4 O negacionismo. 5 Outras vertentes activistas. 5.1 A comunidade de trabalho. 5.2 A dinamização do ónus da prova. Referências.

* Trata-se de artigo encaminhado por professor convidado, cujo conteúdo foi publicado anteriormente, em língua inglesa, no periódico "International Journal of Research in Humanities and Social Studies", v. 8, n. 3, 2021, p. 12-32. Disponível em: <https://www.ijrhss.org/papers/v8-i3/3.pdf>.

1 Considerações gerais

De acordo com o *leit-motiv* anunciado, julgamos revestir-se de extrema actualidade e importância o estudo do activismo judicial, numa óptica processualista. Assim, se o direito não é, nem pode ser, aquilo que o intérprete quer que ele seja², um juiz pratica activismo sempre que decidir com base nas suas crenças políticas, religiosas ou mesmo nas suas próprias convicções, relegando a lei positiva para um segundo plano³. Com efeito, se existe alguma reflexão acerca do estudo dos poderes do juiz e da conformidade legal, destinada a justificar uma determinada actuação⁴, o problema coloca-se, naturalmente, quando o exercício dos poderes do juiz ultrapassa, ou pode ultrapassar, aquilo que é consagrado no direito positivo. Aliás, o assunto tem estado de tal modo na ordem do dia que até se reconheceu que o activismo judicial se alcandorou na ideologia dominante do processo civil⁵. Por conseguinte, devemos reflectir sobre esta problemática, no intuito de compreender se estamos em presença de concretizações de activismo em determinados aspectos do direito processual civil. Designadamente, a propósito da aquisição probatória ou da repartição do ónus da prova.

2 Aquisição oficiosa da prova: uma espécie de activismo?

Se a reflexão sobre a amplitude dos poderes inquisitórios do juiz emerge, com particular acutilância, em sede probatória⁶, é natural, que se indague, nesse contexto, acerca do activismo judicial. Com efeito, a iniciativa do juiz nem sempre se encontra claramente fixada na lei e, ainda assim, o magistrado tem desempenhado um papel activo na aquisição de prova⁷. Em conformidade, o magistrado assume um papel interveniente e até liderante, ainda que a norma o não diga expressamente. Quanto muito não o impede de promover, oficiosamente, a aquisição de meios de prova⁸ ou, de algum modo, lhe atribui poderes de iniciativa probatória⁹.

² Cf. LÊNIO STRECK, *O Que É isto: Decido Conforme Minha Consciência?*, Porto Alegre, 2010, p. 25.

³ Cf. LÊNIO STRECK, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, 4ª ed., São Paulo, 2011, p. 598.

⁴ Em conformidade, é particularmente impressiva a defesa das regras formais do processo, promovida por GIUSEPPE CHIOVENDA, no sentido de evitar o arbítrio do juiz. Cf. "Le Forme nella Difesa Giudiziale del Diritto" in *Saggi di Diritto Processuale*, Vol I, Roma, 1930, pp. 367 e segs.

⁵ Acerca deste tópico, GIOVANNI VERDE, admite que o activismo tem sido a ideologia dominante, no direito processual civil italiano, dos últimos cinquenta anos. Cf. "Le Ideologie del Processo in un Recente Saggio" in *Rivista di Diritto Processuale*, Ano 62, nº 3, 2002, p. 684.

⁶ Cf. JUAN AROCA, *La Prueba...op. cit.*, pp. 528 e segs; LUIZ MARINONI, "Do Processo Civil Clássico à Noção de Direito a Tutela Adequada ao Direito Material e à Realidade Social" in *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, in www.abdpc.org.br, pp. 1 e segs.

⁷ Segundo MICHELE TARUFFO, seria esse o modelo do Direito inglês e espanhol. Cf. "Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 60, nº 2, 2006, pp. 465 e segs.

⁸ Ainda de acordo com a opinião de MICHELE TARUFFO, seria o modelo que corresponde ao direito francês. Cf. "Poteri..." in *op. cit.*, pp. 459 e segs.

⁹ Seria o caso do direito italiano ou mesmo do direito germânico. Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in *op. cit.*, pp. 461 e segs

Ao dilucidar a questão de saber se o juiz pode dispor de poderes autônomos de instrução sem que esteja limitado ou condicionado pela actividade das partes, dela pode emergir um inadiável raciocínio acerca do activismo judicial. Por conseguinte, desde que o monopólio das partes foi abolido em prol de uma complexa tensão entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório¹⁰, tem sido aceite, de modo cada vez mais pacífico, que o juiz cível assume poderes de natureza investigatória. Ademais, após a antinomia entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório¹¹, houve necessidade de reconstruir os poderes inquisitórios, no intuito de os conciliar com o princípio do dispositivo¹², dado não ser aceitável substituir, sem mais, o monopólio das partes pelo monopólio do juiz. Logicamente, mantendo o inelutável direito à prova¹³, consolida-se o entendimento de que a prossecução deste direito não implica atribuir o exclusivo da actividade probatória às partes, nem representa um sério entrave à iniciativa instrutória do juiz¹⁴. Ora, aí entra, de algum modo, o activismo, uma vez que a lei não delimita, de um modo geral, os poderes de actuação do magistrado, no que à aquisição da prova diz respeito.

A propósito, devemos atentar, com mais pormenor, no direito português. Efectivamente, ultrapassada a ideia de aquisição probatória limitada às partes, onde o julgador era reconduzido ao papel de juiz-árbitro, a iniciativa do magistrado não restringe ou sequer condiciona a actividade dos outros sujeitos processuais. Aliás, tendo sido ultrapassado o princípio da controvérsia, as partes devem colaborar na descoberta da verdade¹⁵. Por conseguinte, não pode haver atropelo ou disputa entre a iniciativa probatória do juiz e aquela que as partes decidam empreender, pois o dever de colaboração vem sendo integrado num amplo dever de cooperação. Sob pena de, nos termos do nº 2 do artigo 519º da reforma do CPC de 1995/1996, actual artigo nº 2 do artigo 417º CPC, determinar que aqueles que recusem cooperar devem ser condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos aplicáveis. Ademais, se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa, sem prejuízo da inversão do ónus da prova, decorrente do preceituado no nº 2 do artigo 344º do Código Civil.

Numa perspectiva estritamente diacrónica, incluindo um período mais vasto do actual CPC, notamos um evidente acréscimo de poderes atribuídos ao juiz, em sede de aquisição probatória. Assim, desde a consagração na reforma de 1926, do princípio da autoridade do magistrado¹⁶, ultrapassando uma postura de inércia e passividade, muito evoluímos até aos dias de hoje. Com efeito, na versão inicial do CPC, o artigo 264º primeiramente atribuía às partes, o poder de iniciativa e de impulso processual e, mais tarde, ao juiz a possibilidade de ordenar oficiosamente,

¹⁰ Sobre a dualidade e a contraposição entre aqueles dois princípios, no que tange à iniciativa das partes e do juiz, na aquisição probatória, UGO FERRONI, *Il Processo Civile Moderno*, Cápua Vetere, 1912, pp. 138 e segs; BRUNO CAVALLONE, *Il Giudice...* op. cit., pp. 12 e segs; ERNESTO FABIANI, *I Poteri Istruttori del Giudice Civile*, Nápoles, 2008, pp. 108 e segs; JÜRGEN DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen sei der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975, pp. 110 e segs; Knut Nörr, *Naturrecht un Zivilprozess: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976, pp. 38 e segs.

¹¹ Relativamente a este assunto, TITO CARNACINI, "Tutela Giurisdizionale e Tecnica del Processo" in *Studi in Onore di Enrico Redenti*, Vol. II, Milão, 1951, pp. 759 e segs.

¹² A este propósito, ERNESTO FABIANI, *I Poteri...* op. cit., pp. 186 e segs.

¹³ Cf MICHELE TARUFFO, "Il Diritto alla Prova nel Processo Civile" in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol...., 1984, pp. 75 e segs

¹⁴ Cf. MICHELE TARUFFO, "Il Diritto..." in op. cit., pp. 90-11.

¹⁵ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., p. 178.

¹⁶ Neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...* vol. III, op. cit., p. 8.

as diligências e actos que entendesse necessários para a descoberta da verdade. Isto significava a enunciação de dois momentos, diferenciando a iniciativa de instrução das partes e a iniciativa do juiz¹⁷. Em conformidade, o juiz só devia usar da prerrogativa de ordenar diligências e actos de instrução quando as partes o tivessem requerido e, assim, não se bastassem no sentido de assegurar o exacto conhecimento dos factos necessários para a boa decisão da causa¹⁸.

Porém, a reforma de 1961 deu maior destaque ao princípio do inquisitório. Efectivamente, além da epígrafe do artigo 264º colocar, lado a lado, o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório, temos o conteúdo normativo, densificado em dois números, o nº 1 e o nº 3. Assim, o nº 3 determina que o juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer. Compreendendo-se as palavras de Antunes Varela no sentido de destacar um corte umbilical, perante o anterior preceito¹⁹, concluindo que o novo clarificava, mais adequadamente, os limites de iniciativa do juiz²⁰. Porém, mais do que os limites, interessa notar que o juiz deixou de desempenhar um papel subsidiário, podendo agir em concorrência ou em concomitância com a actividade probatória das partes. Logo, basta o magistrado considerar necessárias determinadas diligências, para as poder realizar ou as ordenar oficiosamente, no intuito de contribuir para o apuramento da verdade.

Na reforma de 1995-1996, as partes continuaram a perder poderes de supremacia sobre a acção, ainda que não tenha sido vedado o indeclinável direito à prova²¹. No entanto, o tribunal assumiu uma postura mais activa, no intuito de prosseguir a justa composição do litígio. Assim, se houve uma separação de preceitos, devemos ainda notar que o conteúdo do nº 3 do artigo 265º, relativamente aos poderes do tribunal, era equivalente ao nº 3 do anterior artigo 264º. Porém, a novidade avulta do alcance dos números 2 e 3 do artigo 264º²², onde, claramente, se aumentam os poderes do juiz concernentes à matéria de facto. Deste modo, o juiz pode investigar, mesmo oficiosamente, os factos instrumentais. Logo, como admite Teixeira de Sousa, existe um claro activismo judiciário, não apenas porque as partes repartem com o tribunal o domínio do processo, mas porque o tribunal assume poderes instrutórios, tanto sobre os factos essenciais, como sobre os factos instrumentais, probatórios e acessórios²³.

¹⁷ Neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...vol. III*, op. cit., p. 9.

¹⁸ Cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...vol. III*, op. cit., p. 11.

¹⁹ Na verdade, ANTUNES VARELA defendeu que a reforma de 1961 cortava o cordão umbilical da fórmula anterior que ainda procurava prender a instrução ao princípio do dispositivo. Cf. *Manual de Processo Civil*, 2ª ed., Coimbra, 1985, p. 475.

²⁰ Cf. ANTUNES VARELA, *Manual...op. cit.*, p. 475.

²¹ Acerca deste assunto, Lemos Jorge dá nota disso mesmo, demonstrando como a jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do TC, têm dado razão, de um modo geral, às partes, face à limitação dos meios de prova, por parte de alguma legislação sectorial. Cf. "Direito à Prova: Brevíssimo Roteiro Jurisprudencial" in *Julgar*, nº 6, 2008, pp. 100 e segs.

²² Como refere ISABEL ALEXANDRE, se o teor do nº 3 do artigo 265º não representa, propriamente, uma inovação, o preceito apresenta nova regulamentação, ao suprimir alguns entraves aos poderes do juiz. Cf. "A Fase da Instrução no Processo Declarativo Comum" in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lisboa, 1997, pp. 288-9.

²³ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, 1996, pp. 59 e segs. Ainda sobre os poderes inquisitórios sobre factos instrumentais, Miguel Teixeira de Sousa, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª ed., Lisboa, 1997, pp. 322 e segs.

Mas as alterações mais relevantes²⁴, no que respeita a este tópico foram introduzidas na reforma do CPC de 2013. Aí encontramos uma clara ruptura entre o princípio do inquisitório, propriamente dito, e uma das novidades daquela reforma, a gestão processual. Assim, enquanto o artigo 411º, subordinado à epígrafe, princípio do inquisitório, acolhe o anterior nº 3 do artigo 265º, o artigo 6º, em sede de gestão processual, integra os anteriores números 1 e 2 do preceito. Destarte, se o anterior nº 3 é acolhido na íntegra, no artigo 411º, o mesmo não sucedeu com os números 1 e 2. Assim, se o nº 2 do artigo 265º, agora nº 2 do artigo 6º, sofre algumas alterações, o mesmo não poderemos dizer do nº1. Realmente, ele faz crescer, à redacção anterior, a adopção de mecanismos de simplificação e de agilização processual. Por isso, independentemente de saber se este acréscimo se afigura ou não uma redundância, relativamente à adequação formal²⁵, ou se existe uma verdadeira utilidade na gestão processual²⁶, interessa apurar se esta última reforma atribui ainda mais poderes ao juiz em sede de aquisição probatória.

No intuito de elucidar este aspecto, importa esclarecer questões já detectáveis na reforma de 1995/1996 e que emergem, com maior premência, após a reforma de 2013. Uma delas é, sem dúvida alguma, saber o que significa a expressão *incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade*, que antes integrava o nº 3 do artigo 265º e que agora integra o articulado do artigo 411º CPC. Será que esta iniciativa de prova, consiste numa mera faculdade, ou, ao invés, é mais do que isso? A este propósito, Lemos Jorge recusa que a intenção do legislador tenha ido no sentido de disponibilizar um instrumento, cujo uso fique dependente da vontade discricionária do juiz²⁷. Em sua opinião, será antes um dever vinculado, uma vinculação, um poder-dever, no desiderato de prosseguir uma postura mais interventora²⁸, no intuito de contribuir, mais activamente, para apurar a verdade. Por nossa parte, concordando com esta fundamentação, em detrimento da mera faculdade, entendemos que, após 2013, a actividade do juiz, ao agir officiosamente, só faz sentido se evitar a discricionariedade.

Outra das questões que interessa aclarar será a de saber se os limites à actuação do juiz se têm esbatido ou se, pelo contrário, permaneceram inamovíveis depois de 2013. Antes da reforma, devemos recordar que Lemos Jorge admitia, perante norma equivalente, projectada em diversos meios de prova, que o juiz podia promover diligências de prova documental, confissão judicial provocada,

²⁴ A finalidade não será a de enumerar todas as reformas do CPC que, de algum modo, alteram o regime probatório. Mas apenas aquelas que, em nosso entender, se afiguram mais significativas. Aliás, se o intuito fosse outro, não poderíamos deixar de aludir, só para mencionar as posteriores a 95/96, a reforma propiciada pelo Decreto-Lei nº 183/2000 de 10 de Agosto. Acerca deste assunto, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Recentes Alterações na Legislação Processual Civil*, Lisboa, 2001, pp. 62 e segs.

²⁵ Parece ser essa a opinião de LEBRE DE FREITAS E ISABEL ALEXANDRE, embora formulada em tom algo dubitativo. *Código...op. cit.*, p. 44.

²⁶ De realçar as fundadas dúvidas de ISABEL ALEXANDRE quanto à adopção desta figura. Pois a autora admite, inclusivamente, que a gestão processual pode ser uma moda, sem contornos precisos. Cf. "O Dever de Gestão Processual do Juiz na Proposta de Lei Relativa ao Novo Código de Processo Civil" in *O Novo Processo Civil*, Lisboa, 2013, pp. 4 e segs Num sentido mais optimista, CARLOS LOPES DO REGO, "Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso: O Modelo da Acção Declarativa" in *Julgar*, nº 16, 2012, pp. 101 e segs; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...op. cit.*, pp. 227 e segs.

²⁷ Cf. NUNO LEMOS JORGE, "Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas" in *Julgar*, nº 3, 2007, p. 63.

²⁸ Cf. NUNO LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in *op. cit.*, pp. 63-4.

pericial, por inspecção e testemunhal²⁹. Porém, com aquela reforma temos, pelo menos, mais dois meios de prova a equacionar, relativos à actuação oficiosa do juiz. A saber, as verificações não judiciais qualificadas e a prova por declarações de parte.

Quanto às verificações não judiciais qualificadas, não haverá problema no sentido de admitir a actuação oficiosa do juiz, dado que a inspecção judicial é desencadeada quando o tribunal o julgar conveniente, de acordo com o artigo 490º CPC. Também o artigo 494º CPC determina a admissibilidade de tais verificações, ao ser legalmente admitida a inspecção judicial. No tocante à prova por declarações de parte, o tema revela outra complexidade. Pois, segundo o nº 1 do artigo 466º, as declarações de parte caracterizam-se por serem requeridas pelo próprio depoente, não por terceiros. Mas importa não olvidar o nº 2, ao determinar a aplicabilidade do artigo 417º CPC e ainda, com as necessárias adaptações, o preceituado na secção anterior. Ou seja, será a secção atinente à confissão e ao depoimento de parte, onde se afigura possível a determinação probatória oficiosa.

Estaremos face a uma redobrada actuação do juiz, no sentido de ordenar, *motu proprio*, diligências probatórias, num ampliado leque de meios de prova. E, logicamente, defronte de significativo activismo probatório. Por isso, reflectindo acerca desta amplitude de poderes investigatórios do juiz, será natural que isso suscite reservas, ponderações e críticas, sobretudo no que tange ao risco de emergir uma deriva autoritária, uma perda de independência ou mesmo falta de isenção por parte do julgador. Tudo isto motivado por um crescente activismo judicial, em sede de aquisição probatória.

3 O garantismo

O garantismo é, com toda a certeza, a corrente doutrinária que mais tem alertado acerca dos perigos do activismo, e, em conformidade, criticado o aumento de poderes do juiz. Preocupa-se com as garantias das partes e com a imperiosa necessidade de limitar os poderes do juiz, fazendo realçar aquilo que, em sua opinião, representa o risco de uma excessiva publicização do processo civil, bem como a ameaça de abalar a independência do julgador. Ainda segundo o garantismo, a publicização do processo, com início em finais do século XIX, foi reforçada por causa de erradas opções de processualistas italianos, da primeira metade do século XX. E, depois disso, teria ido num crescendo, motivada pela abrangência do activismo judicial, evidenciada, com particular acuidade, nalguns ordenamentos jurídicos. Segundo Aroca, teria sido Klein e a ideia da função social do processo, a justificar a restrição de poderes das partes, em prol de um aumento injustificado dos poderes do juiz³⁰. Posteriormente, a deriva ter-se-ia acentuado com a mudança de azimute do CPC italiano de 1940, por contraste com o anterior CPC liberal. Isso teria acentuado a tendência autoritária, a par do alargamento de poderes de gestão e de direcção processual³¹. Com efeito, segundo Cipriani, a crise

²⁹ Cf. NUNO LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., pp. 69 e segs.

³⁰ Cf. JUAN AROCA, "El Derecho Procesal Civil en el Siglo XX" In *De Processo: Studi in Memoria di Alessandro Giuliani*, Nápoles, 2001, pp. 497 e segs.

³¹ FRANCO CIPRIANI sustenta, a esse propósito, que o CPC de 1940 é antiliberal e autoritário, ao contrário do CPC de 1865, verdadeiramente eficiente e garantista. Cf. "I Problemi del Processo di Cognizione tra Passato e Presente" in *Rivista di Diritto Civile*, ano 49, nº 1, 2003, pp. 40 e segs.

da justiça civil teria sido acentuada após a entrada em vigor do CPC de 1940, condicionado por uma ideologia publicista que, ao atribuir exagerados poderes inquisitórios ao juiz, substituiu um sistema de legalidade, por outro, onde pontificava o arbítrio³².

Em sentido semelhante, Monteleone enfatiza as virtualidades do CPC de 1865, por contraste com o perfil autoritário do CPC de 1940, onde avultaria, em sua opinião, uma nociva missão inquisitória cometida ao magistrado³³. Ou ainda o próprio Aroca quando insiste na ideia de que tanto a ZPO austríaca, como o CPC italiano de 1940 ou mesmo diversa outra legislação processual civil daqueles tempos, reflectiram a ideologia ditatorial e autocrática dos respectivos regimes políticos³⁴. Aliás, a este propósito, Velloso vai mais longe, ao destacar a semelhança entre o CPC da URSS, o Código nazista de 1937 e o CPC italiano de 1940³⁵, insistindo na aproximação ideológica, de índole autoritária, que deles emerge, não evidenciando qualquer opção técnica³⁶. Realmente, estes sinais têm recrudescido, de tal sorte, em diversos ordenamentos, designadamente no Brasil, onde, recentemente, se considerou necessário promover um importante Manifesto, contra o activismo judicial e em defesa do garantismo³⁷. De destacar, neste documento, além de uma expressiva adesão de eminentes juristas e renomados processualistas, o alerta de que o direito processual legislado se encontra ameaçado pelo dirigismo ou activismo judicial³⁸.

Deste modo, as garantias processuais estariam a ser postas em causa, sendo importante que o juiz actuasse dentro do quadro legal vigente, mas nunca para além dele. Por isso, no tocante ao processo civil e, em particular à aquisição probatória, o juiz ultrapassaria a permissão normativa quando exerce *ex officio* diligências probatórias, pois isso comprometeria a neutralidade, isenção e independência. Ademais, a atribuição de poderes de iniciativa instrutória ao juiz, mesmo a pretexto da protecção da parte mais débil, concorreria para o enfraquecimento da imparcialidade psicológica do julgador³⁹. Aliás, nem seria apenas, na aquisição probatória que encontraríamos um peso exagerado da iniciativa do juiz susceptível de comprometer a sua imparcialidade.

Alguns garantistas apontam laivos de autoritarismo, noutros aspectos relacionados com a prova. Com efeito, Montesano destaca a limitação no que respeita à indicação de testemunhas, de modo a observar o princípio do contraditório, bem como a natureza da tipicidade das provas, para justificar a sua resistência, no sentido de concordar com uma procura activa, de novo material probatório⁴⁰. De modo semelhante, Montelone observa que o regime de repartição do ónus da prova, de preclusão ou de proibição de apresentar novos documentos,

³² Cf. FRANCO CIPRIANI, "Il Processo Civile Italiano tra Efficienza e Garanzie" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 61, nº 4, 2002, pp. 1248 e segs.

³³ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "Principi e Ideologie nel Processo Civile: Impressioni di un Revisionista" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 62, nº 2, 2003, pp. 577 e segs.

³⁴ Cf. JUAN AROCA, "El Derecho Procesal..." in op. cit., pp. 498-9.

³⁵ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO "El Garantismo Procesal" in I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista", Universidade Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999, p. 2

³⁶ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO "El Garantismo..." in op. cit., p. 6.

³⁷ Cf. Manifesto de Jundiaí, de 19 de Agosto de 2017, intitulado "Pela Compreensão e Concretização do Garantismo Processual" in www.conjur.com.br/2017.

³⁸ Cf. Manifesto de Jundiaí, op. cit., p. 2.

³⁹ Cf. ELIO FAZZALARI, "La Imparzialità del Giudice" in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol., 27, 1972, pp. 199 e segs.

⁴⁰ Cf. LUIGI MONTESANO, "Le Prove Disponibili d' Ufficio e l' Imparzialità del Giudice Civile" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 32, 1978, pp. 196 e segs.

em sede de recurso, não se afirma coerente com a atribuição de ampla iniciativa probatória àquele que tem por missão decidir um determinado pleito⁴¹.

Todavia, será a aquisição da prova ex-officio, que concita a maior oposição por parte dos garantistas. Aliás, Cipriani, além de sustentar que a ideologia publicista seria autoritária e antiliberal, incompatível com os princípios da Constituição italiana, de índole republicana e democrática⁴², elege a matéria atinente à aquisição probatória por parte do juiz como um dos tópicos das suas críticas. Deste modo, destaca a aparente incoerência e a circunstância susceptível de abalar a independência do magistrado. Na verdade, se o juiz promove a instrução e, em momento posterior, vai decidir o mérito da causa, teríamos um comprometimento da isenção do julgador e uma ameaça aos propósitos que a Justiça visa promover⁴³.

Montesano, depois de rejeitar que o assunto se reconduza a uma mera técnica processual, acentua que as provas susceptíveis de serem promovidas, oficiosamente, são numerosas e que a iniciativa probatória é susceptível de abalar a imparcialidade psicológica do julgador⁴⁴. Por conseguinte, não bastará limitar a iniciativa do juiz, mas, ao invés, descobrir outros mecanismos que permitam acautelar e garantir os direitos das partes⁴⁵. Ademais, Monteleone alega estar por demonstrar que uma sentença seja justa quando o juiz disponha oficiosamente, do poder de iniciativa probatória⁴⁶. Acrescenta não estar científica ou empiricamente demonstrado que o grau de justiça seja directamente proporcional à soma de poderes de iniciativa do julgador⁴⁷. Por isso, apesar de não lhe interessar valorar politicamente a legislação vigente, tira ilações dos resultados⁴⁸. Nessa perspectiva e quanto ao direito italiano, entende que a duração média de um processo, entre a sua propositura e a correspondente sentença, aumentou após a vigência do CPC de 1942, em comparação com o anterior, o CPC de 1865⁴⁹.

Aroca prefere trilhar um outro caminho, no intuito de enfatizar a imperiosa necessidade de limitar os poderes do juiz cível, em matéria probatória. Destarte, após revisitar a evolução histórica, onde a concepção liberal teria dado lugar à opção publicista, procura evidenciar aquilo que considera ser um paradoxo. Com efeito, teria ocorrido uma troca de posições, quanto à amplitude de poderes atribuídos ao juiz cível e ao juiz criminalista, em finais do século XIX e no decurso dos últimos tempos, já em pleno século XXI⁵⁰. Na realidade, o juiz cível, do século XIX, tinha os seus poderes restringidos, ao contrário do juiz criminal, titular de amplas faculdades, de modo a poder investigar e determinar o conteúdo da sentença⁵¹. Em conformidade, se o juiz cível não podia determinar, oficiosamente, a aquisição de qualquer prova, ao invés, era permitido ao juiz criminal requerer,

⁴¹ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "Limiti alla Prova di Ufficio nel Processo Civile (Cenni di Diritto Comparato e sui Diritto Comparato)" in *Rivista di Diritto Processuale*, nº 62, nº 4, 2007, pp. 865-6.

⁴² Cf. FRANCO CIPRIANI, "Autoritarismo e Garantismo nel Processo Civile" in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 49, nº 1, 1994, pp. 24-5.

⁴³ Cf. FRANCO CIPRIANI, "I Problemi..." in op. cit., pp. 46 e segs.

⁴⁴ Cf. LUIGI MONTESANO, "Le Prove..." in op. cit., pp. 194-5.

⁴⁵ Cf. LUIGI MONTESANO, "Le Prove..." in op. cit., pp. 198-9

⁴⁶ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual Debate Sobre las Orientaciones Publicísticas del Proceso Civil" in *Revista Iberoamericana de Derecho Processal*, ano V, nº 7, 2005, pp. 230-1.

⁴⁷ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual..." in op. cit., pp. 233-4.

⁴⁸ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual..." in op. cit., pp. 234-5.

⁴⁹ Cf. GIROLAMO MONTELEONE, "El Actual..." in op. cit., pp. 235.

⁵⁰ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja Procesal del Siglo XXI*, Valência, 2014, pp. 19 e segs.

⁵¹ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., pp. 19-20.

oficiosamente, vários meios de prova⁵². Verificamos que, no decurso do século XXI, o juiz cível pode, de modo paradoxal, determinar a produção oficiosa de qualquer meio de prova, mas tal iniciativa é vedada ao juiz do processo crime, de modo a garantir os direitos e as liberdades das partes⁵³.

Aroca acrescenta que a inadmissibilidade de iniciativa probatória, por parte do juiz criminal, fica a dever-se à estrita necessidade de assegurar a imparcialidade do julgador⁵⁴. O autor consolida, deste modo, as críticas que havia dirigido contra as sucessivas reformas da Lei de Enjuiciamiento Civil (LEC), fazendo notar, a esse propósito, o objectivo de reforçar a atribuição ao juiz de poderes de natureza inquisitória, na aquisição probatória⁵⁵. Em conformidade, regressa ao assunto, mais tarde, verberando a tendência publicista e discordando da amplitude de poderes do juiz, em sede de aquisição probatória⁵⁶. Em conformidade, proclama, enquanto traves mestras da orientação garantista, o impedimento de o juiz carrear provas para o processo, de modo a acautelar o monopólio de iniciativa probatória das partes e a verdadeira imparcialidade do julgador, afastado das pretensões das partes⁵⁷. Isso seria decisivo, no sentido de minorar os poderes de direcção do processo, como sucede noutros ordenamentos jurídicos, mormente prosseguindo o propósito de destruir o mito conexo com uma justiça social, justificativa do acréscimo de poderes do julgador⁵⁸ ou mesmo qualquer ilusão de índole tecnicista⁵⁹. Por outro lado, procura demonstrar que a boa fé processual não se coaduna com o publicismo, mas antes com a imposição de deveres dirigidos ao sujeito processual⁶⁰.

Alvarado Velloso terá sido o que melhor interpretou as teorias garantistas, na América Latina, seguindo, de perto, as matrizes do pensamento de Cipriani e Aroca. Assim, após proceder a uma evolução histórica, tenta caracterizar os dois modelos em presença. Consequentemente, enuncia as seguintes ideias estruturantes do modelo inquisitório: o juiz dispõe, oficiosamente ou por denúncia, do impulso processual; assume a iniciativa de investigar os factos e de realizar novas provas e, além disso, o juiz que promove a investigação assume, mais tarde, as funções de julgador⁶¹. No tocante ao modelo oposto, o modelo acusatório, o magistrado não impulsiona a marcha do processo, aceitando os factos admitidos pelas partes; existe paridade entre o acusador e a parte e o julgador não pode exercer iniciativas probatórias⁶². No entanto, após a construção daquela antinomia, Velloso é forçado a reconhecer a inexistência de sistemas puros, mas

⁵² Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., p. 20.

⁵³ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., p. 21.

⁵⁴ Cf. JUAN AROCA, *La Paradoja...* op. cit., pp. 88 e segs.

⁵⁵ Cf. JUAN AROCA, *Análisis Crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su Centenario*, Madrid, 1982, pp. 86 e segs.

⁵⁶ Cf. JUAN AROCA, "El Derecho..." in op. cit., pp. 497 e segs.

⁵⁷ Cf. JUAN AROCA, "El Proceso Civil Llamado como Instrumento de Justicia Autoritaria" in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Ano IV, nº 6, 2004, pp. 26 e segs.

⁵⁸ Desse modo, segundo a justiça social, o juiz promoveria uma decisão que extravasaria o âmbito das partes e do próprio processo. Cf. JUAN AROCA, "El Proceso..." in op. cit., p. 33.

⁵⁹ Cf. JUAN AROCA, "El Proceso..." in op. cit., pp. 36 e segs.

⁶⁰ Cf. JUAN AROCA, "Sobre el Mito Autoritario de la "Buena Fe Procesal" in *Proceso Civil e Ideologia*, Valencia, 2006, pp. 346 e segs.

⁶¹ ADOLFO ALVARADO VELLOSO consegue identificar essas orientações, no Regulamento austríaco de 1896, na Lei alemã de 1937, no CPC italiano de 1940 e na Lei de Processo Civil da URSS de 1979. Cf. *Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio*, Valência, 2005, pp. 93 e segs.

⁶² Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo...* op. cit., pp. 153 e segs.

antes diversos sistemas mistos que adoptam múltiplas cambiantes de um e de outro⁶³.

Velloso insiste no sentido que a imparcialidade do julgador está seriamente comprometida quando o juiz assume uma postura dinâmica em busca de provas⁶⁴. Por isso, se o julgador estiver em dúvida ou considerar que as provas são insuficientes, deve aplicar, pura e simplesmente, as regras de repartição do ónus da prova e decidir, em conformidade⁶⁵. Ao reforçar as suas ideias, invoca as reformas do processo penal argentino, no intuito de consolidar o modelo acusatório, enfatiza o contraste entre a proibição do juiz decretar, oficiosamente, iniciativas probatórias e o *status quo* emergente do processo civil⁶⁶. Tais tendências, de sinal contraditório, permitiriam que se civilizasse, de modo crescente, o processo penal, e se penalizasse o processo civil⁶⁷. Algo que entendia ser errado e contrastante, pois permitiria a subsistência de um sistema inquisitório ou, quanto muito, misto, no processo civil, susceptível de comprometer a liberdade, a bilateralidade, a isenção do julgador e o garantismo⁶⁸.

Cumpram ainda referir um autor português, Luís Correia de Mendonça, que perfilha diversos postulados garantistas. Em conformidade, após confirmar que o CPC italiano é antiliberal e autoritário e elogiar as alegações de Cipriani⁶⁹, procura demonstrar que o nosso CPC adoptou os mesmos pressupostos e se enquadra no mesmo modelo⁷⁰. Observa ainda que Manuel Rodrigues e José Alberto dos Reis teriam sido os seus pais fundadores, ao enfatizarem o valor social do litígio⁷¹. Faz ainda notar que o CPC atribuiu ao juiz, através dos artigos 264º a 266º, três importantes categorias de poderes: poder de instrução (mandar proceder às diligências e actos necessários para a descoberta da verdade); poder de disciplina (recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório) e poder de impulsão (ordenar o que for necessário para o seguimento do processo)⁷².

Ademais, o dever de cooperação para a averiguação da verdade, nos termos do artigo 554º CPC, constituiria uma clara deriva no sentido da afirmação da finalidade publicista do processo⁷³. Ainda nesse enfoque, Mendonça procura demonstrar como o autoritarismo e o reforço dos poderes do juiz é notório no artigo 555º CPC, ao poder requisitar, por sua iniciativa, informações, pareceres técnicos, documentos, plantas, fotografias, desenhos ou objectos considerados necessários ao esclarecimento da verdade. Ou ainda no artigo 646º CPC quando outorga ao magistrado a possibilidade de inquirir testemunhas não oferecidas

⁶³ Assim, Adolfo Alvarado Velloso enuncia as características do regime processual argentino, demonstrando o correspondente afastamento de qualquer um dos sistemas puros. Cf *Garantismo...op. cit.*, pp. 157 e segs.

⁶⁴ ADOLFO ALVARADO VELLOSO apresenta essas conclusões, após proceder a um estudo do processo penal e do processo civil. Quanto a este, preocupa-se, sobretudo, com o excesso de dinamismo probatório do juiz, no tribunal de menores e no tribunal de trabalho, embora generalize, depois, as suas considerações a todo o processo civil. Cf. "Imparzialità del Giudice e Giusto Processo" in *Stato di Diritto e Garanzie Processuali: Atti delle II Giornate Internazionali di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, 2008, pp. 159 e segs.

⁶⁵ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, "Imparzialità..." in *op. cit.*, p. 162.

⁶⁶ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo Procesal Contra...op. cit.*, pp. 304 e segs.

⁶⁷ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo Procesal Contra...p.* 306.

⁶⁸ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo Procesal Contra...p.* 307 e segs.

⁶⁹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "O Pensamento..." in *op. cit.*, pp. 75 e segs.

⁷⁰ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "O Pensamento..." *op. cit.*, p. 106.

⁷¹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in *op. cit.*, pp. 74 e segs.

⁷² Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in *op. cit.*, p. 80.

⁷³ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in *op. cit.*, p. 82.

pelas partes⁷⁴. Manifesta ainda surpresa que o CPC português não tenha sido pensado politicamente, dando a entender que o reforço da inquisitorialidade, evidente na reforma de 95/96, teria sido induzido, pelas mesmas directrizes⁷⁵. Em síntese, o juiz deve ser um sujeito à parte, estranho ao objecto do processo, não o podendo alterar, nem actuar sobre a produção da prova de factos alegados pelas partes⁷⁶

4 O negacionismo

Formulados os principais pressupostos do garantismo, também denominado revisionismo, em virtude de elogiar as virtudes do antecedente CPC italiano, por contraponto ao CPC de 1940, devemos referir os pressupostos daqueles que recusam tais receios, designadamente a perda de imparcialidade do julgador, os denominados negacionistas⁷⁷. Assim, se os garantistas se opõem ao activismo judicial, os negacionistas procuram contrariar as afirmações mais catastrofistas dos garantistas ou, pelo menos, asseverar que os receios daqueles se afiguram exagerados e muito pouco ponderados.

Não obstante esta matriz identitária, os autores negacionistas protagonizam posicionamentos diversos na crítica ao entusiasmo militante dos garantistas. Contudo, o negacionismo não pretende afirmar as vantagens do activismo judicial. Antes procura fazer notar que o negacionismo se assume como uma terceira via, um *tertium genus*, que avalia os argumentos da tese garantista mas, de igual sorte, contraria os fundamentos estruturantes do activismo judicial, propondo, algo de distintivo e intermédio defronte daquelas duas orientações, antagónicas entre si.

Um dos casos paradigmáticos desta terceira via é o pensamento de Verde que, após avaliar o argumentário de Cipriani, Monteleone e Aroca, alega que o activismo judicial não conseguiu assumir contornos preocupantes, sendo mais útil e proficiente dirigir o debate para outros tópicos, como a necessidade de promover reformas e de encontrar modelos susceptíveis de contribuir para uma justiça rápida e eficaz⁷⁸. Por conseguinte, Verde alega que a controvérsia entre o garantismo e o activismo assume uma conotação essencialmente ideológica, sendo benéfico e mais proveitoso reflectir acerca de assuntos de outra relevância, como, por exemplo, a morosidade da justiça⁷⁹.

Ademais, as formulações de Ricci também devem enquadrar-se na corrente negacionista, uma vez que o autor considera a posição de Aroca demasiadamente rígida, decidindo enfatizar o relevo e a utilidade da gestão processual do juiz⁸⁰. Em conformidade, no intuito de sustentar a deriva activista, alerta para a necessidade de acautelar a vertente privatista da tutela do direito subjectivo, observando que a

⁷⁴ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus...in op. cit., pp. 83 e segs.

⁷⁵ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "O Pensamento..." in op. cit., p. 68.

⁷⁶ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 72-3.

⁷⁷ Cf. FRANCO CIPRIANI, "El Proceso Civil Italiano entre Revisionistas y Negacionistas" in *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006, pp. 53 e segs.

⁷⁸ Cf. GIOVANNI VERDE, "Le Ideologie ..." in op. cit., pp. 683 e segs.

⁷⁹ Cf. GIOVANNI VERDE, "Le Ideologie..." in op. cit., pp. 686-7.

⁸⁰ Cf. GIAN RICCI, "Il Processo Civile fra Ideologie e Quotidianità" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 1, 2005, pp. 82 e segs

actividade probatória *ex officio* apresenta vantagens mas também inconvenientes⁸¹. Em conformidade, embora realce a complementaridade entre os princípios do dispositivo e do inquisitório, em sede instrutória, enfatiza, de modo impressivo, que os poderes de aquisição probatória do juiz nunca podem ser discricionários, nem ilimitados⁸².

Também Pisani, no intuito de eliminar pré-compreensões, alega que a acção judicial apresenta uma componente publicista e outra privatista, tentando demonstrar, por isso, que nenhum ordenamento adopta um sistema processual integralmente apoiado na prevalência de uma daquelas duas componentes, ao contrário do CPC italiano de 1865⁸³. A seguir, explica o papel de Mortara e de Chiovenda, na redacção do actual CPC, onde avulta a componente publicista mas, de igual modo, a componente privatista⁸⁴. Por fim, alega que a entrada em vigor da Constituição republicana italiana não abalou, nem pôs em causa os pressupostos do CPC⁸⁵. Em suma, reconhecendo virtudes na análise histórico-evolutiva de Cipriani, observa que o predomínio publicista não enuncia laivos de autoritarismo, nem destrói ou compromete as garantias das partes⁸⁶.

As reflexões de Carnacini ainda dever ser incluídas no negacionismo. Com efeito, após explicar a origem dos poderes inquisitórios do juiz, Carnacini aceita a dualidade entre estes poderes e o princípio do dispositivo, rejeitando a ideia de uma antítese vincada⁸⁷. Não obstante, observa não ser possível admitir uma equivalência entre aqueles dois princípios, dado continuar a reconhecer-se o monopólio da parte, quando recorre ao tribunal⁸⁸. Ainda segundo Carnacini, os poderes do juiz não impedem nem dificultam a actividade da parte, na demonstração dos factos que subjazem às suas pretensões⁸⁹. Aliás, quanto a este último ponto, Liebman havia aceite a emergência dos poderes inquisitórios do juiz, em sede probatória, sublinhando que a imparcialidade não é afectada, dado que a sentença é proferida em momento ulterior⁹⁰.

Ainda a propósito da alegada perda de independência do julgador, em virtude do acréscimo de poderes instrutórios, Taruffo procura demonstrar como são infundamentados tais receios e alarmistas as ponderações que consideram ameaçadas as garantias das partes. Rejeita, por isso, a ideia de que só um juiz passivo e inerte poderia ser imparcial, afirmando, inclusive, que a procura da verdade e o esclarecimento dos factos, no caso de não se encontrarem esclarecidos, faz sobressair a imparcialidade do magistrado⁹¹. Deste modo, não seria imparcial o juiz que se contenta, sempre e em qualquer caso, com a prova trazida pelas partes⁹². Por conseguinte, faz notar que a actuação do magistrado,

⁸¹ Cf. GIAN RICCI, "Il Processo..." in op. cit., pp. 82-3.

⁸² Cf. EDOARDO RICCI, "Il Principio Dispositivo Come Probleme di Diritto Vigente" in *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, pp. 385 e segs

⁸³ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice di Procedura Civile del 1940 Fra Pubblico e Privato" in *Foro italiano*, Vol. CXXIII, Parte IV, 2000, pp. 76-7.

⁸⁴ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice..." in op. cit., pp. 77-8.

⁸⁵ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice..." in op. cit., pp. 78.

⁸⁶ Cf. ANDREA PISANI, "Il Codice..." in op. cit., pp. 82 e segs.

⁸⁷ Cf. TITO CARNACINI, "Tutela..." in op. cit., pp. 724 e segs.

⁸⁸ Cf. TITO CARNACINI, "Tutela..." in op. cit., pp. 740-1

⁸⁹ Cf. TITO CARNACINI, "Tutela..." in op. cit., pp. 741 e segs.

⁹⁰ Cf. ENRICO LIEBMAN, "Fondamento del Principio Dispositivo" in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. II, 1960, pp 561 e segs.

⁹¹ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione Probatoria" in *La Prova nel Processo Civile*, Milão, 2012, p. 95.

⁹² Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 95.

no sentido de recusar a admissibilidade de determinado meio de prova não deve ser entendido como indício comprometedor da sua isenção e imparcialidade⁹³.

Reconhecendo o recrudescimento da polémica, sobretudo em Itália e em Espanha, acerca do âmbito de poderes instrutórios atribuídos ao juiz e a alegada contraposição de um modelo autoritário, face a um modelo supostamente liberal, Taruffo lembra que o temo *inquisitório* não equivale à locução *autoritário*⁹⁴. Além disso, os poderes instrutórios *ex officio* são de natureza supletiva, relativamente à prova carreada para o processo pelas partes⁹⁵. Ademais, sequer lhe parece que a atribuição de poderes inquisitórios prefigure um problema de natureza ideológica, pois o fenómeno não é exclusivo de Estados autoritários⁹⁶. Em conformidade, basta atentar no direito processual civil francês, italiano e alemão, para constatar simples diferenças de amplitude na extensão daqueles poderes⁹⁷. Destarte, enquanto o direito francês consagra um amplo poder discricionário, no sentido de o juiz dispor dos meios de prova admissíveis, o direito italiano e o direito alemão reconhecem poderes de iniciativa probatória, ao magistrado, que nem respeitam ao conjunto de meios de prova disponíveis⁹⁸. Ademais, o direito inglês e o direito espanhol, apesar de apressadas etiquetagens de cariz liberal, assumem o reforço da susceptibilidade de o juiz promover, *ex officio*, iniciativas de cariz probatório⁹⁹. Por isso, Taruffo conclui pela ausência de conexão entre a atribuição de poderes de iniciativa probatória e a pertença a um qualquer regime autoritário ou antidemocrático, dado que a iniciativa assume natureza técnica, não ideológica¹⁰⁰. Por último, recorda que a finalidade do processo será a de realizar justiça, não propriamente de se limitar a controvérsias, pelo que a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado faz pleno sentido, de acordo com os critérios de legalidade, assumidos por todos e por cada um daqueles ordenamentos jurídicos¹⁰¹.

Relativamente ao direito espanhol, Junoy considera forçado entender que as iniciativas do juiz sejam estribadas em razões estritamente políticas, v.g. de cariz autoritário ou ditatorial, dado que a adequação técnica da norma não tem ligação estreita com a ideologia de um determinado sistema político¹⁰². Em conformidade, dá o exemplo da boa-fé processual, admitido por sistemas muito diversos, em épocas históricas bem diferenciadas¹⁰³. De outro modo, acerca da iniciativa probatória do juiz, defende que ela não se confundirá com algo autoritário, se for limitada aos factos discutidos na causa e aos meios de prova constantes do processo¹⁰⁴. Deste modo, evitar-se-ia o autoritarismo e o juiz poderia contribuir, com a sua actuação *ex officio*, no sentido de colmatar qualquer insuficiência

⁹³ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 96.

⁹⁴ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 96.

⁹⁵ Aliás, MICHELE TARUFFO adianta que, quando existe iniciativa probatória do juiz, ela se afigura marginal e secundária., "Poteri Probatori delle Parti e del Giudice in Europa" in *Le Prove nel Processo Civile*, Milão, 2007, p. 56.

⁹⁶ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 59-60

⁹⁷ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 61 e segs.

⁹⁸ A este propósito, no direito alemão, Michele Taruffo recorda estar vedado ao juiz recorrer à prova testemunhal. Cf. "Poteri..." in op. cit., pp. 62e segs.

⁹⁹ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 69 e segs.

¹⁰⁰ Cf. MICHELE TARUFFO, "Poteri..." in op. cit., pp. 73-4.

¹⁰¹ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Istruzione..." in op. cit., p. 113.

¹⁰² Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado" in *Proceso Civil e Ideologia*, Valência, 2006, p. 117.

¹⁰³ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., pp. 118 e segs.

¹⁰⁴ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., p. 120.

probatória¹⁰⁵. Consequentemente, a intervenção do magistrado assumia um recorte técnico no desenvolvimento do processo judicial, não comprometendo o princípio do dispositivo atribuído às partes, observando a efectividade da tutela judicial e a prossecução da justiça efectiva¹⁰⁶. Ademais, Junoy recorda que o processo civil deixou de ser uma relação jurídica eminentemente privada, aceitando, com naturalidade, a natureza pública do Direito Processual Civil¹⁰⁷. Como tal, o princípio do dispositivo não pode significar um poder monopolista de iniciativa probatória, impedindo a iniciativa oficiosa do juiz¹⁰⁸. Logicamente, como acrescenta Koch, assumindo a natureza pública, é natural que o papel a atribuir ao juiz se relacione com aspectos ligados à efectiva promoção da justiça e à ponderação entre o prazo razoável e o resultado obtido¹⁰⁹. Em conformidade, será razoável aceitar a iniciativa probatória do magistrado, independentemente da vontade das partes¹¹⁰.

Barbosa Moreira esclarece ser verdadeira a ideia de que nenhum ordenamento processual regula a instrução probatória, em termos de exclusividade absoluta, quer em favor das partes, quer do próprio juiz¹¹¹. Além disso, constata que os regimes autoritários fortalecem os poderes do executivo, não os do judiciário, ainda que os regimes comprovadamente democráticos tenham vindo a acentuar a actividade do magistrado, na esfera probatória¹¹². A este propósito, entende evidenciar a reforma da ZPO de 2001, que amplia os poderes do juiz, acentuando a constatação de que na Alemanha não vigorava, naquela época, um regime político autoritário¹¹³. Ademais, a realização da prova por iniciativa do juiz no sentido de esclarecer os factos relevantes não substitui ou usurpa a função de parte, mas é inerente à função de julgador¹¹⁴. Em consequência, realça que a determinação *ex officio* da declaração de um determinado sujeito não significa, obviamente, coartar o direito da parte, no sentido de propor a audição de outras testemunhas¹¹⁵.

Lemos Jorge, por seu turno, manifesta a sua discordância em face do posicionamento da corrente garantista, designadamente no tocante ao referido por Correia de Mendonça acerca do direito português¹¹⁶. Na verdade, afirma ter dificuldade em ligar os poderes instrutórios do juiz a qualquer manifestação de autoritarismo, defendendo que aqueles poderes permitem actuar num comportamento activo de procura da verdade, quanto aos factos que pode conhecer¹¹⁷. A seu ver, o comportamento do julgador enquadra-se numa tentativa de esclarecer os factos que as partes trazem para o processo e, assim, adoptar uma posição activa na procura de uma solução adequada para a controvérsia

¹⁰⁵ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., pp. 120-1.

¹⁰⁶ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., pp. 124-5.

¹⁰⁷ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., p. 121.

¹⁰⁸ Cf. JOAN PICÓ I JUNOY, "El Derecho..." in op. cit., p. 123.

¹⁰⁹ Cf. RAPHAEL KOCH, *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*, Tübingen, 2013, pp. 5 e segs.

¹¹⁰ Cf. RAPHAEL KOCH, *Mitwirkungsverantwortung...* op. cit., pp. 15 e segs.

¹¹¹ Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo" in *Cadernos de Direito Privado*, nº 7, 2004, p. 4.

¹¹² Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "O Neoprivatismo no Processo Civil" in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano V, nº 7, 2005, pp. 16-7.

¹¹³ Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "O Neoprivatismo..." in op. cit., p. 19.

¹¹⁴ Tanto mais que, como explica José Barbosa Moreira, determinar, *ex officio*, o depoimento de alguém, não restringe o direito da parte, em nomear e fazer ouvir, em tribunal, as suas próprias testemunhas. Cf. "O Neoprivatismo..." in op. cit., pp. 22 e segs.

¹¹⁵ Cf. JOSÉ BARBOSA MOREIRA, "O Neoprivatismo..." in op. cit., pp. 22-3.

¹¹⁶ Cf. LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., pp. 80 e segs.

¹¹⁷ Cf. LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., p. 81.

objecto do processo¹¹⁸. Logo, nada haveria a temer, desde que sejam acauteladas as garantias das partes e, assim, evitar uma deriva para algo menos consentâneo com os fins do processo, como será, naturalmente, um modelo de cariz autoritário¹¹⁹.

5 Outras vertentes activistas

5.1 A comunidade de trabalho

Se nos poderíamos inclinar no sentido de entender exageradas as considerações dos garantistas e anuir acerca de algumas formulações dos negacionistas, julgamos que a conversão do dever de colaboração, numa ampla cooperação, por vezes, alcandorada a matriz ou sobranceiro princípio processual, merece séria cautela. Na verdade, a cooperação concebida como uma directriz tendente a arquitectar uma comunidade de trabalho, pode representar um perigo, uma deriva, pouco consentânea com as finalidades do processo civil.

Aliás, de acordo com Lebre de Freitas, o progressivo fortalecimento do princípio da cooperação tem justificado a ideia de promover uma comunidade de trabalho¹²⁰, entre os sujeitos processuais, no intuito de contribuir para o bom andamento do processo. Com efeito, em sentido semelhante, Teixeira de Sousa perfilha a ideia de que a comunidade de trabalho pode responsabilizar o tribunal e as partes pelos resultados¹²¹.

Por nossa parte, antes de enunciarmos conclusões extraídas deste ensinamento, alicerçado numa directriz comunitária, a ideia singular, apoiada numa suposta ideia de comunidade, importa encarar o dever de colaboração e até o princípio daí resultante, numa perspectiva diacrónica. Talvez compreendamos, melhor o que está verdadeiramente em causa. Aquilo que a formulação visa apurar, em momento ulterior, a pertinência dos receios antes enunciados. Recordemos que a colaboração das partes foi consagrada, num primeiro momento, enquanto estrito dever ou regra de conduta¹²², no intuito de prestar esclarecimentos ao juiz, sempre que por ele solicitados, de acordo com o preceituado no artigo 265º CPC. E, a crescer a tal dever, num âmbito mais vasto, dirigido a todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, o encargo de responder ao que for perguntado, com correlativa submissão às inspecções julgadas necessárias, praticando os actos determinados, a menos que a subsequente recusa se enquadre na segunda parte do artigo 524º CPC.

Mais tarde, o dever é elevado a princípio processual. O princípio da cooperação. Aliás, isso é anunciado na epígrafe do artigo 266º CPC, após a revisão de 1995/96. De acordo com o nº 1, é imposto às partes, e aos respectivos mandatários, o dever de cooperarem entre si, no sentido de obterem uma justa

¹¹⁸ Cf. LEMOS JORGE, "Os Poderes..." in op. cit., pp. 81-2.

¹¹⁹ Segundo as palavras de Lemos Jorge, estaríamos defronte de um juiz participante, mas não parcial, inquiridor, mas não inquisidor, com autoridade, mas sem autoritarismo. Cf. "Os Poderes..." in op. cit., pp. 83-4.

¹²⁰ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., p. 192.

¹²¹ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...* 2ª ed., op. cit., p. 62.

¹²² Neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário...* Vol. III, op. cit., p. 4.

composição do litígio. Deste modo, o nº 2 procura concretizar tal dever, ao determinar o fornecimento de esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, justificando, inclusive, o parecer de que tal concretização enuncia dois deveres essenciais¹²³. Assim, teríamos o dever de esclarecimento ou consulta, nos termos do qual o tribunal esclarece, junto das partes, as dúvidas que possua, e o dever de prevenção ou de informação, segundo o qual o tribunal alerta para eventuais deficiências ou insuficiências dos pedidos ou alegações¹²⁴, constantes do processo, apresentado no âmbito do poder de iniciativa do autor. Por conseguinte, reflectindo sobre o alcance da disponibilidade das partes, Teixeira de Sousa alega que o poder do tribunal acautela a liberdade dos sujeitos processuais, no sentido de aceitarem o convite para esclarecerem o juiz ou para suprirem as deficiências por ele indicadas¹²⁵. E, por outro lado, adverte no sentido de que o princípio da cooperação não pode ser aplicado sem ter em conta a auto-responsabilidade das partes, pois o suprimento judicial não abrange a omissão de factos estruturais da causa¹²⁶.

Numa perspectiva ainda mais entusiástica sobre a cooperação, Fredie Didier acredita que o nº 1 do artigo 266º CPC consagra um novo modelo de direito processual, o modelo cooperativo, nos termos do qual o princípio do contraditório deve ser redimensionado, de modo a que o juiz promova um *diálogo processual*¹²⁷. Em sua opinião, a condução cooperativa¹²⁸ seria uma espécie de *tertium genus*, ao minimizar o princípio do dispositivo e também o do inquisitório, dado enaltecere uma equidade, uma paridade em diálogo e equilíbrio, entre os sujeitos processuais, no decurso do *iter* processual, desde a petição inicial, até à fase de julgamento¹²⁹. Além disso, o princípio da cooperação não dependeria da intermediação de outras regras concretizadoras, dado sobressair como cláusula geral, dotada de eficácia directa¹³⁰. Embora Didier declare não pretender sobrevalorizar o princípio da cooperação¹³¹, parece ser esse o resultado lógico das suas longas e estusiásticas considerações.

Todavia, não será esse o entendimento dominante, sequer maioritário, acerca da valia e do alcance da reforma que alcandora a cooperação em princípio estruturante do processo civil, por mais empenhadas que tenham sido as formulações do legislador¹³² e de alguma doutrina. Com efeito, interessa mencionar vozes que contrapuseram dúvidas, reparos e interrogações acerca deste novo modelo. Na verdade, Antunes Varela alertou para o esforço sobre-humano que recairia sobre a actuação do juiz de primeira instância, bem com a

¹²³ Defendendo esta opinião, TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil: Projecto" in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 2, 1995, p. 362.

¹²⁴ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação..." in op. cit., p. 362.

¹²⁵ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, "Apreciação..." in op. cit., p. 363.

¹²⁶ Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, "Limites da Cooperação do Tribunal" in *Cadernos de Direito Privado*, nº 17, Março, 2007, p. 46.

¹²⁷ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, 2010, p. 46.

¹²⁸ Expressão de FREDIE DIDDIER, *Fundamentos...* op. cit., p. 47.

¹²⁹ Em conformidade, FREDIE DIDIER, depois de procurar demonstrar a simetria entre as partes, é forçado a admitir que, no momento da decisão, as partes não decidem com o juiz. Cf. *Fundamentos...* op. cit., pp. 47 e segs.

¹³⁰ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., pp. 41 e segs.

¹³¹ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., pp. 102-3.

¹³² O preâmbulo do Decreto-Lei nº 329-A/95 declarava que o princípio da cooperação era o princípio angular e exponencial do processo civil, no intuito de permitir que o juiz e os mandatários cooperem entre si, de modo a atingir a justiça do caso concreto.

emergência de um risco sério de subversão da função judicial¹³³. Posteriormente, adotando tônica semelhante, Paula Costa e Silva preocupou-se com a posição da parte, advertindo para um desenho de um tipo ideal de sujeito processual, para uma utopia, por parte do legislador, dado que a realidade mostrava com frequência inaudita um outro tipo de parte e a percepção do conflito, de modo bastante divergente¹³⁴. A seguir, num outro escrito, observou que a cooperação impõe uma inversão do paradigma do processo enquanto confronto entre privados¹³⁵.

Mariana França Gouveia e Correia de Mendonça vão ainda mais longe, no posicionamento crítico, dirigido à percepção cooperativa. Com efeito, se Mariana Gouveia aceita o dever de agir de boa fé, defende que a cooperação não pode significar uma expropriação de direitos privados, em favor de uma ideia pública de justiça¹³⁶. Em conformidade, afasta a ideia de comunidade de trabalho, bem como a orientação que promove a ideia social do processo e, correlativamente, acaba por desprezar os interesses individuais das partes¹³⁷. Por seu turno, Correia de Mendonça, ao recordar que o juiz, quando decide, corta interesses antagônicos, alega que o princípio da cooperação desvirtua esta realidade, em nome de um interesse supostamente superior, de cariz autoritário¹³⁸. Ademais, observa que o magistrado deve ser árbitro, não treinador, sendo impossível corrigir os erros técnicos das partes e agir de acordo com uma suposta vontade normativa, sem comprometer a sua imprescindível imparcialidade e isenção¹³⁹. Consequentemente, adverte para o irrealismo da comunidade de trabalho e que, a prosseguir este caminho de autoritarismo e dirigismo, interessa ter presente o perigo real de a relação jurídica poder cair no abismo¹⁴⁰.

Não obstante as dúvidas e fundados reparos, antes enunciados, a reforma de 2013 decidiu manter o teor do antigo artigo 266º CPC, actual artigo 7º CPC, após a errónea e mistificadora renumeração, atempadamente denunciada. Logicamente, se a subsistência do princípio da cooperação entusiasmou os apoiantes, não atenuou as críticas e os reparos dos seus detractores. Antes pelo contrário. Em conformidade, Silva Pereira, embora não se tivesse manifestado totalmente contrário ao reforço dos poderes inquisitórios do juiz, faz notar que o princípio da cooperação, tal como se encontra desenhado no CPC, pode abrir a porta a uma maior arbitrariedade judicial, no intuito de promover a celeridade, permitindo ou, pelo menos, não evitando uma decisão à pressa¹⁴¹. Também Miguel Resende manifesta fundadas dúvidas acerca da existência de uma verdadeira comunidade de trabalho, dado que o reforço de poderes inquisitórios do juiz e a

¹³³ Cf. ANTUNES VARELA "A Reforma do Processo Civil Português" in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 129, pp. 259 e segs.

¹³⁴ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, 2003, pp. 111-2.

¹³⁵ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra, 2008, p. 410.

¹³⁶ Cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Regime Processual Experimental Anotado*, Coimbra, 2006, p. 103.

¹³⁷ Cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, "Os Poderes do Juiz Cível na Acção Declarativa: Em Defesa de um Processo Civil ao Serviço do Cidadão" in *Julgar*, nº 1, 2007, p. 56.

¹³⁸ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 90 e segs.

¹³⁹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "80 Anos de Autoritarismo: Uma Leitura Política do Processo Civil Português" in *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006, pp. 432 e segs.

¹⁴⁰ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, "Vírus..." in op. cit., pp. 96 e segs.

¹⁴¹ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, "Princípio da Cooperação e Dever Jurídico de Colaboração Probatória: Uma Análise à Luz do Novo Código de Processo Civil" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 128 e segs.

imposição às partes de novos ónus processuais pode ameaçar, seriamente, as garantias de um processo equitativo¹⁴².

Correia de Mendonça mantém a tônica antes anunciada, ao revisitar o assunto, depois da reforma de 2013. Por conseguinte, rejeita não apenas aquilo que denomina por papel assistencial do juiz, pois haverá o risco de se transformar em paternalismo intrusivo, como as iniciativas no sentido de convidar as partes a prestar esclarecimentos ou a praticar determinados actos, uma vez que tais atitudes comprometem a imparcialidade do julgador¹⁴³. Por nossa parte, aquando da realização do I Congresso Luso-Brasileiro da Universidade Nova, tivemos oportunidade de expressar desconforto em face do engrandecimento da cooperação processual e da enigmática comunidade de trabalho¹⁴⁴. Em conformidade, reflectindo acerca do articulado do CPC, rejeitámos a ideia de uma cláusula geral ou a susceptibilidade de aplicação imediata, reconhecendo que o reforço de poderes do juiz, bem como a fragilização dos direitos das partes, em nome de uma ideia comunitária, de índole subjectiva, podem desvirtuar seriamente a natureza da acção processual cível¹⁴⁵.

Interessa ainda acrescentar, um outro tópico susceptível de comprovar a insuficiência do princípio da cooperação, no direito português. Realmente, para além do exagerado peso da intervenção do juiz, tal como a inversão do paradigma do processo, interessa notar a existência de fundadas dúvidas acerca dos limites de um dever de verdade dirigido às partes¹⁴⁶ e ainda no relativo à efectiva consagração desse dever, no direito português¹⁴⁷. Ademais, as regras atinentes à litigância de má-fé são mais amplas do que a simples violação do dever de cooperação, pois o artigo 542º CPC qualifica como litigante de má fé o sujeito que age com dolo e negligência grave. No caso da cooperação, apenas a omissão grave seria ilícita o que evidencia mais uma dificuldade que devemos ponderar.

5.2 A dinamização do ónus da prova

Perante o desconforto que a repartição do ónus da prova suscitou, sobretudo quando se percebeu que as regras especiais não eram suficientes, nem adequadas, perante o tímido reformismo legislativo, ao admitir, de modo pontual, outros regimes especiais, começou a ganhar corpo uma teoria que atribuía ao juiz a possibilidade de corrigir, em situações-limite, os excessos provocados pela estrita aplicação dos critérios legais de repartição do ónus da prova. Deste modo, não

¹⁴² Cf. MIGUEL RESENDE " O Princípio da Cooperação no Novo Processo Civil" in *Balanço do Novo Processo Civil*, CEJ, Lisboa, 2013, p. 26.

¹⁴³ Cf. CORREIA DE MENDONÇA, "A Cooperação Processual Civil Entre um Novo Modelo e a Sombra do Inquisitório" in *O Direito*, nº 1, Ano 151, 2019, pp. 51 e segs.

¹⁴⁴ Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, "Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?" in *O Direito*, nº 1, Ano 151, 2019, pp. 55 e segs.

¹⁴⁵ Cf. JL BONIFÁCIO RAMOS, "Cooperação..." in op. cit., pp. 62 e segs.

¹⁴⁶ Cf. ROLF STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien*, Tübingen, 1976, pp. 29 e segs. Cf. Antonio Carratta "Dovere di Verità e Completezza nel Processo Civile" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 68, nº 1, 2014, pp. 69 e segs; Antonio Carratta "Dovere di Verità e Completezza nel Processo Civile" in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 68, nº 2, 2014, pp. 500 e segs; Elisângela Caureo, "Il Dovere di Verità e Completezza nel Processo Civile" in *Civil Procedure Review*, Vol. 9, 2018, pp. 27 e segs.

¹⁴⁷ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Litigância de Má fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa in Agendo*, Coimbra, 2014, pp. 86-7.

estariamos defronte de uma ruptura em face da repartição do ónus probatório, mas sim de uma metodologia susceptível de adequar o ónus probatório a situações concretas, decididas casuisticamente pelo julgador.

Segundo um dos seus principais defensores, Jorge Peyrano, a teoria representava uma alternativa, um remédio. Assim, em vez de afastar ou eliminar a clássica repartição do ónus da prova, aquele expediente actuaria no sentido de corrigir o fracasso ou as graves deficiências da actividade probatória¹⁴⁸, permitindo ao juiz aferir o equilíbrio e a igualdade entre as partes, a propósito do encargo probatório que caberia a cada uma delas. Assim, Peyrano reflecte acerca de um conjunto de regras legais de distribuição do ónus da prova, a repartição estática do ónus probatório e evidencia um acentuado agnosticismo¹⁴⁹. Em conformidade, procura demonstrar como a praxis se encarrega de ilustrar situações em que as regras estáticas se tornam inadequadas e injustas¹⁵⁰. Empenha-se em construir um mecanismo, segundo a sua terminologia, uma máquina, destinada a impedir ou a dificultar os exageros propiciados pela estrita aplicação das regras legais e que, em conformidade, tenha em conta as circunstâncias do caso concreto¹⁵¹. Assim, perante uma decisão de um tribunal argentino de 1978, a propósito de uma acção de responsabilidade civil médica, Peyrano entendeu que o tribunal terá apreciado o encargo probatório, atendendo às circunstâncias específicas do caso concreto¹⁵², em detrimento da rigidez do regime legal. Subsequentemente, como, em seu entender, algumas outras decisões judiciais partilharam de pressupostos semelhantes, Peyrano, juntamente com Chiappini enunciaram, em 1984, os pressupostos fundamentais da teoria da repartição dinâmica do ónus probatório¹⁵³.

Em suma, quando a igualdade entre as partes não exista ou esteja ameaçada, o juiz deve agir de modo a evitar injustiças suscitadas pelo rígido encargo probatório¹⁵⁴. A seguir, Peyrano defende que o juiz deve indicar, enquanto solução de recurso, *in extremis*, encargos probatórios diferenciados daqueles que eram indicados pela lei vigente¹⁵⁵. Tanto mais que, como admite, num outro estudo, a desigualdade entre as partes pode ainda ser agravada nas situações de prova extremamente difícil, onde o material probatório é apreciado de forma particularmente delicada e imprecisa, como seria o caso da prova de factos antigos ou de factos ocorridos em ambiente fechado ou de acesso restrito¹⁵⁶.

Mas Peyrano não pretende extinguir ou desconsiderar o *onus probandi*, antes corrigir parcialmente, determinados esforços probatórios¹⁵⁷. Logicamente, isso pode significar aligeiramentos probatórios para uma parte, por contraste com o

¹⁴⁸ Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica" in *Cargas Probatorias Dinámicas*, coord. Jorge Peyrano e Inês White, Buenos Aires, 2008, p. 78.

¹⁴⁹ Cf. JORGE PEYRANO, *El Proceso Civil: Principios y Fundamentos*, Vol. I, Buenos Aires, 1978, pp. 535 e segs.

¹⁵⁰ Cf. JORGE PEYRANO, "Nota a Fallo: La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica" in *Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1999, pp. 396-7.

¹⁵¹ Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina..." in op. cit., pp. 82 e segs.

¹⁵² Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina..." in op. cit., p. 85.

¹⁵³ Cf. JORGE PEYRANO e JULIO CHIAPPINI "Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas" in *El Derecho*, nº 107, 1984, pp. 1005 e segs.

¹⁵⁴ Cf. JORGE PEYRANO e JULIO CHIAPPINI "Lineamientos..." in op. cit., pp. 1006 e segs.

¹⁵⁵ Cf. JORGE PEYRANO, "La Regla de la Carga de la Prueba Enfocada como Norma de Clausura del Sistema" in *Civil Procedure Review*, vol. I, nº 3, 2010, pp. 100 e segs.

¹⁵⁶ Cf. JORGE PEYRANO, "La Prueba Difícil" in *Civil Procedure Review*, vol. 2, nº 1, 2011, pp. 87 e segs.

¹⁵⁷ Cf. JORGE PEYRANO, "La Carga de la Prueba" in *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2011, p. 969.

encargo da parte contrária, se estiver em condições mais favoráveis de provar um facto, relativo a uma controvérsia cível¹⁵⁸. No entanto, o encargo suplementar para a parte, que se encontre em melhores condições, não pode representar um esforço probatório exagerado, ou mesmo desajustado. Interessaria introduzir mecanismos direccionados a evitar a indigência probatória¹⁵⁹ de uma parte, no intuito de eliminar ou amenizar dificuldades, na demonstração de factos, a provar em juízo.

No entanto, se a teoria dinâmica foi adoptada, primeiramente, por determinados sectores da doutrina e da jurisprudência, antes de ser consagrada na lei, ainda que de modo incidental, ou enquanto regra substitutiva ou excepcional, esse não terá sido o caso da Argentina. Com efeito, apesar do impacto das ideias de Jorge Peyrano, o CPC continua a consagrar a repartição clássica do ónus da prova. Aliás, Peyrano, após sublinhar o impacto da teoria na jurisprudência dos tribunais superiores, bem como na doutrina nacional e estrangeira, admitiu que o CPC do seu país não a admite de modo expresso¹⁶⁰. Todavia, em sua opinião, o CPC não conteria uma disposição absolutamente rígida, uma vez que o princípio de aquisição processual atribui ao juiz um amplo critério de razoabilidade, permitindo actuar, a propósito do mérito probatório, escolhendo aquele que se encontra em *favor probationes*, em condições mais favoráveis para provar¹⁶¹. Aliás, sobre este tópico, Peyrano resolve ilustrar a sua ideia com a imagem de uma emergência, ocorrida durante uma cirurgia, no intuito de justificar a mutabilidade da teoria dinâmica¹⁶². Em sua opinião, aquele que se encontra *prima facie* em melhor condição de provar, pode nem estar numa situação privilegiada, no sentido de demonstrar a veracidade de um facto¹⁶³.

Como esclarece Barberio, a doutrina dinâmica não consiste num conjunto de regras jurídicas de atribuição do ónus da prova, mas antes numa pauta de valoração, destinada a avaliar o material probatório recolhido e a decidir aquele que se encontra em melhores condições para carrear, para os autos, provas relevantes para o objecto da causa¹⁶⁴. Ou seja, a doutrina recusa adjudicar, *a priori*, o encargo probatório de cada um dos sujeitos processuais¹⁶⁵. Em suma, se procura alterar a distribuição do ónus da prova, não representa um critério alternativo ou especial de repartição probatória, pelo que nem faria sentido constar do quadro da repartição estática, fixado na lei, mas deve antes resultar dos poderes de iniciativa do juiz, atento um determinado circunstancialismo fáctico.

No que tange à receptividade da doutrina, no direito brasileiro, convém notar, além de uma adesão significativa por parte de reputados jus-civilistas e de alguma jurisprudência, existe alguma receptividade, por parte da legislação em vigor. Assim, se o CPC de 1973 não havia manifestado abertura, no sentido de viabilizar tal teoria, no direito interno brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor admitia, no artigo 6º, uma inversão do ónus *ope judicis*, em vez de uma inversão *ope legis*. Isso teria representado a adopção legislativa da teoria dinâmica do ónus da

¹⁵⁸ Cf. JORGE PEYRANO e JULIO CHIAPPINI, "Lineamientos..." in op. cit., p. 1005.

¹⁵⁹ Expressão utilizada por GUILLERMO SÁNCHEZ, *Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo*, Madrid, 2004, p. 12.

¹⁶⁰ Cf. JORGE PEYRANO, "Informe Sobre la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas" in *Revista de Proceso*, nº 217, ano 38, 2013, pp. 211 e segs.

¹⁶¹ Cf. JORGE PEYRANO, "Informe..." in op. cit., pp. 210-1.

¹⁶² Cf. JORGE PEYRANO, "La Doctrina..." in op. cit., p. 85.

¹⁶³ Cf. JORGE PEYRANO, "Informe..." in op. cit., p. 222.

¹⁶⁴ Cf. SERGIO BARBERIO, "Cargas Probatorias Dinámicas" in *Cargas Probatorias Dinámicas*, Buenos Aires, 2008, pp. 99-100.

¹⁶⁵ Cf. SERGIO BARBERIO, "Cargas..." in op. cit., p. 100.

prova¹⁶⁶. Aliás, houve quem defendesse que o preceito nem seria aplicado, apenas, no âmbito estrito das relações de consumo, mas tutelava os direitos colectivos *latu sensu* e protegia os direitos de carácter não patrimonial¹⁶⁷.

Porém, para surpresa de muitos, o teor do novo CPC de 2015 não evidencia uma adesão entusiástica à teoria dinâmica do ónus da prova. Ao invés, o CPC parece ter adoptado cautelas condizentes com o que um sector mais moderado¹⁶⁸. Realmente, o artigo 373º do novo CPC prescreve, *ab initio*, uma repartição clássica do ónus da prova. Somente após estipular esta regra geral, o § 1º do mesmo preceito, admite excepcionar tal regra, de acordo com lei especial ou perante circunstancialismos da causa, derivados da impossibilidade, excessiva dificuldade ou maior facilidade de obtenção da prova do facto contrário. Em conformidade, apenas nestas situações, o juiz pode atribuir o ónus da prova de modo diverso, desde que o faça, fundamentadamente, dando à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe fora atribuído.

Não obstante, o § 2º ainda restringe o dinamismo, admitido pelo parágrafo anterior, uma vez que a decisão do juiz não pode gerar uma situação em que a desincumbência do encargo se afigure impossível ou extremamente difícil. Como tal, se o juiz deve, em sede de saneamento, definir a distribuição do ónus da prova, como prescreve o nº 2 do artigo 357º, não é menos certo que o conteúdo do artigo 373º CPC parece ser mais restritivo da actividade do juiz do que uma leitura apressada pode supor. Tanto mais que a interpretação mais consentânea parece ser a de admitir que os requisitos consagrados nos §§ 1 e 2 são cumulativos¹⁶⁹. Deste modo, o § 1º do artigo 373º CPC permite ao juiz, em face das peculiaridades da causa, atentando na impossibilidade, na excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou na maior facilidade de obtenção da prova do facto contrário, atribuir o ónus de modo diverso, através de decisão fundamentada. Mas a decisão não pode gerar uma factualidade em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil. Por outras palavras, o deslocamento do ónus da prova não será admitido se se tratar de um facto excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte¹⁷⁰. Em suma, a repartição do ónus probatório não opera, de modo rígido, nos termos de critérios gerais e abstractos, a contrapor ao critério originário, mas através de uma decisão muitíssimo circunstanciada e fundamentada. Logo, a uma distribuição estática do ónus da prova, opõe-se uma distribuição dinâmica, onde, em vez de regras dirigidas às partes, temos uma formulação caldeada pelo juiz, de acordo com parâmetros legais muitíssimo restritivos¹⁷¹.

Destarte, as ideias mestras da teoria dinâmica, vertidas no CPC brasileiro de 2015, assentam numa recusa de antagonismo perante as directrizes de repartição

¹⁶⁶ Cf. MARCELA MOURA FRANÇA, "Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas e o Artigo 333º do CPC" in <http://www.boletimjuridico.com.br>, 2013, p. 3.

¹⁶⁷ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Onus da Prova)-Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC", in *Revista de Processo*, nº 246, 2015, p. 91.

¹⁶⁸ A propósito, JOÃO BATISTA LOPES, havia aconselhado a restrição da teoria dinâmica do ónus probatório a hipóteses de impossibilidade ou de excessiva onerosidade na produção da prova, no intuito de evitar a discricionariedade da medida. Cf. "Ónus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Novo Código de Processo Civil" in *Revista de Processo*, nº 204, 2012, p. 240.

¹⁶⁹ Cf. LEONARDO BESSA E RICARDO LEITE, "A Inversão do Ónus da Prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: Semelhanças e Incompatibilidades" in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 6, nº 3, 2016, p. 142.

¹⁷⁰ Cf. LEONARDO BESSA e RICARDO LEITE, "A Inversão..." op. cit., p. 142.

¹⁷¹ Neste sentido, Araken de Assis, *Processo Civil Brasileiro*, Vol. II, Tomo II, 2ª ed., 2016. p. 207

do ónus da prova, preferindo significar mecanismos de correcção, em casos especiais. Na verdade, o artigo 373º prescreve inicialmente que o ónus da prova incumbe ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito, e ao réu, no que respeita à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Como vimos, o CPC continua a consagrar, enquanto regra geral, uma distribuição estática do ónus da prova¹⁷², admitindo excepcionar, nos termos dos §§ 1 e 2 e de acordo lei especial ou perante circunstancialismos específicos de determinada causa, uma outra distribuição do ónus da prova. Logicamente, a nova distribuição não pode ser livre, nem arbitrária, nem sequer basear-se em precedentes, como sucedia antes¹⁷³, mas deve cumprir os estritos cânones previstos no preceito do CPC. Cânones que se nos afiguram limitativos, no intuito de admitir uma distribuição dinâmica excepcional¹⁷⁴ ou subsidiária¹⁷⁵.

Mas a visão restritiva não mereceu acolhimento unânime. Sobretudo, por parte daqueles que, antes da aprovação do novo CPC, defendiam uma ampla consagração da teoria dinâmica. Por conseguinte, Moura de Azevedo, ao interpretar o artigo 373º afirma que a teoria estática foi colocada, em pé de igualdade, com a teoria dinâmica, configurando, esta última, um instrumento colocado à disposição do magistrado, no sentido de impor um encargo probatório sobre a parte que se encontra em melhores condições¹⁷⁶. Por isso, embora admita uma subordinação da teoria dinâmica, defende que os perigos de decisões arbitrárias ou até de uma *prova diabolica* se encontram acautelados pelos preceitos legais¹⁷⁷. Na verdade, estas ideias são reafirmadas por Cambi quando alega que a distribuição dinâmica do ónus da prova amplia os poderes do juiz, tornando-o um intérprete activo, um *problem solver* e até um *law maker*¹⁷⁸, apesar de admitir limites ao exercício da distribuição dinâmica das provas. Assim, quanto aos limites materiais, o litigante, dinamicamente onerado, deve encontrar-se em posição privilegiada, em virtude do papel desempenhado na controvérsia. Todavia, o ónus dinâmico não pode ser aplicado para compensar a inércia, mas no sentido de evitar

¹⁷² Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Processo...* Vol. II, op. cit, pp. 193 e segs.

¹⁷³ FREDIE DIDIER realça este contraste, no intuito de evidenciar o contraste entre a situação anterior à vigência do CPC de 2015, onde o precedente judicial fundamentava a distribuição dinâmica do ónus da prova e a existência de um preceito legal que pressupunha o preenchimento de pressupostos formais e materiais, no sentido de justificar tal distribuição. Cf. "A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ónus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro" in *Revista Direito Mackenzie*, Vol. II, nº 2, 2017, pp. 150-1.

¹⁷⁴ Segundo ARAKEN DE ASSIS, apenas em determinadas condições – motivo concreto, prévio e delimitado- será aceitável a distribuição *ope judicis* do ónus da prova. Esta distribuição não pode funcionar, portanto, como regra, mas como excepção, a interpretar restritivamente. Cf. *Processo...* Vol. II, op. cit, p. 211.

¹⁷⁵ LENIO STRECK, DIERLE NUNES e LEONARDO DA CUNHA recordam que a regra é a de que incumbe ao autor a prova dos factos constitutivos do seu direito e ao réu, a existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Assim, a dinamização surge, de modo subsidiário, quando for necessária à prestação adequada da tutela do direito material. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2016, p. 558.

¹⁷⁶ Em sua opinião, o artigo 373º CPC permite a distribuição dinâmica surja como forma de suprir dificuldades encontradas durante a instrução processual e se aproxime o mais possível de um conhecimento exaustivo dos factos abordados em juízo. Cf. ANTÓNIO MOURA DE AZEVEDO, "A Consolidação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ónus da Prova no Novo CPC" in *Âmbito Jurídico*, nº 143, Dezembro, 2015, <http://ambito-juridico.com.br>, p. 2

¹⁷⁷ Assim, quanto ao risco de decisões abusivas ou arbitrárias acentua a importância dos recursos, invocando a violação de importantes princípios processuais. No que tange à *prova diabolica*, o §1º do artigo 373º do CPC faculta à parte encarregada de provar, no âmbito do princípio do contraditório, de demonstrar que a distribuição do encargo probatório lhe causa sério prejuízo. Cf. ANTÓNIO MOURA DE AZEVEDO, "A Consolidação..." in op. cit. p. 2.

¹⁷⁸ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria..." in op. cit., pp. 100-1.

a formação da *probatio diabolica* de uma das partes¹⁷⁹. E ainda limites de índole formal, como a necessidade de fundamentar a distribuição dinâmica, bem como a impossibilidade de a decisão ocorrer apenas em sede decisória, designadamente na sentença, em virtude de não acautelar o princípio do contraditório¹⁸⁰.

Compreensivelmente, a questão também foi suscitada em Portugal. Aliás, ainda antes da reforma de 2013, Micael Teixeira sustentou que o direito português consagrava a distribuição dinâmica do ónus da prova¹⁸¹. Por isso, ao enfatizar os princípios processuais da cooperação, celeridade e economia processual, procurou demonstrar a inadequação do nº 1 do artigo 344º, sobretudo no que respeitava às presunções legais e aos casos de dispensa ou liberação do ónus da prova¹⁸². A partir daí, advogou que a distribuição dinâmica devia ser o critério legal de repartição do ónus da prova, em virtude de ter encontrado uma lacuna oculta, no artigo 342º do CC, a propósito do desequilíbrio das capacidades probatórias das partes¹⁸³. Em conformidade, a aplicação da distribuição dinâmica do ónus da prova resultaria do aprofundamento do princípio de adequação formal, previsto no antigo artigo 265º A, a que corresponde o actual artigo 547º CPC¹⁸⁴.

Noutra perspectiva, admitindo as limitações das regras de repartição do ónus da prova, Elisabeth Fernandes observa que a possibilidade de os tribunais aplicarem a distribuição dinâmica, sem norma que o permita, deve ser recusada¹⁸⁵. Ainda em sentido semelhante, Luz dos Santos, ainda que tenha manifestado simpatia pela distribuição dinâmica¹⁸⁶, discorda das ideias de Micael Teixeira, pois defende ser no seio da distribuição do ónus da prova, não no âmbito de apreciação da prova que a dificuldade de provar deve ser considerada¹⁸⁷. Subsequentemente admite, numa perspectiva de *iure condendo*, o funcionamento da distribuição do ónus da prova, através de uma cláusula geral de facilidade relativa a distribuir prova que tenha em conta a proximidade e o controlo dos factos, os conhecimentos técnicos e o correlativo exercício de uma actividade profissional, bem como o acesso aos meios de prova¹⁸⁸. Mais tarde, já em co-autoria com Wang Wei, Luz dos Santos regressa a este tema, avisando que o plano de debate continua a ser de *iure condendo*¹⁸⁹. Contudo, os autores entreabrem a porta, através do mecanismo da gestão processual, adoptado pela reforma do CPC de 2013, no sentido de, em sede de audiência prévia, o juiz, no uso dos poderes conferidos

¹⁷⁹ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria..." in op. cit., p. 102

¹⁸⁰ Cf. EDUARDO CAMBI, "Teoria..." in op. cit., p. 102

¹⁸¹ Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Lisboa, 2012, n. ed., pp. 32 e segs.

¹⁸² Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição...* op. cit., pp. 54 e segs

¹⁸³ Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição...* op. cit., pp. 77-8.

¹⁸⁴ Cf. MICAEL TEIXEIRA, *Por uma Distribuição...* op. cit., pp. 81 e segs.

¹⁸⁵ Cf. ELISABETH FERNANDES, "A Prova Difícil ou Impossível" in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, 2013, p. 831.

¹⁸⁶ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, "Plaidoyer por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova e pela Teoria das Esferas de Risco à Luz do Recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/12/2013: o Admirável Mundo Novo no Homebanking" in *O Direito*, nº 147, III, pp. 740 e segs.

¹⁸⁷ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, "A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Direito Probatório Material Português: Algumas Notas *Iure Condendo*" in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano 57, nº 1, 2016, pp. 248 e segs.

¹⁸⁸ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, "A Distribuição..." in op. cit., pp. 250 e segs.

¹⁸⁹ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, WANG WEI, "A Distribuição Dinâmica do ónus da Prova no Direito Processual Civil de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: Algumas Notas à Luz do Direito Comparado" in *Scientia Iuridica*, nº 343, 2017, pp. 57 e segs.

pelo artigo 6º CPC, indicar a distribuição do ónus da prova que pareça mais adequado ao caso concreto¹⁹⁰.

Em sentido oposto, perante os postulados daquela teoria, foram adiantadas dúvidas, reparos e críticas no sentido de mostrar as desvantagens e até os perigos da consagração de tal dinamismo probatório. Naturalmente que esta orientação é partilhada por todos aqueles que se opõem ao ativismo judicial, os garantistas. Daí não ser de estranhar que Alvarado Velloso rejeite a teoria dinâmica. Na realidade, desaprovando o exagerado protagonismo atribuído ao juiz, observa que tais orientações e ideias nem possuem cabimento, em face do teor do artigo 377º do CPC argentino¹⁹¹. Alega que só a lei, nunca a jurisprudência, pode alterar o encargo probatório cometido às partes, sob pena de o juiz modificar as regras do jogo, de modo desleal, e, assim, violar as garantias e os elementares direitos das partes¹⁹².

Insistindo neste ponto, embora não seja garantista, Taruffo manifesta estranheza e desconforto perante as opiniões que pretendem atribuir a repartição do ónus da prova ao juiz, não à lei escrita,¹⁹³. Ainda por cima, Taruffo nem encontrara disfuncionalidades sérias, na repartição legal do ónus da prova, dado que as exceções e o regime das presunções, corrigiam o sistema, atribuindo-lhe o necessário equilíbrio¹⁹⁴. Por isso, encara, com grande cepticismo, os postulados da teoria dinâmica¹⁹⁵, afirmando que a modificação do ónus probatório, pelo juiz, é de índole discricionária, susceptível de permitir a arbitrariedade¹⁹⁶. Ademais, acrescenta que a proximidade da prova, ou a facilidade em provar determinado facto, significa algo de manifestamente frágil para afastar a repartição legal do ónus probatório, dado existirem outras metodologias, mais adequadas para prosseguir idêntica finalidade¹⁹⁷.

Por conseguinte, alerta para os perigos da teoria dinâmica.¹⁹⁸ Designadamente para a violação do princípio do contraditório, em caso de o juiz efectuar alterações no encargo probatório, apenas no momento em que formula a decisão final, ao colocar a parte numa posição em que não pode defender-se, dado não ter tido conhecimento, em tempo útil, do encargo probatório¹⁹⁹. Realmente, se o juiz manipular a distribuição do ónus da prova, abala as regras atinentes ao contraditório, sobre as quais as partes haviam equacionado, em tempo útil, as suas iniciativas instrutórias²⁰⁰. Isso configuraria uma verdadeira decisão-surpresa, susceptível de pôr em causa a garantia fundamental de defesa da parte²⁰¹. Em conformidade, Taruffo recorda, comentando a lei espanhola, que o juiz da *civil law*, ao invés do juiz da *common law*, não dispõe de poderes discricionários, destinados a alterar a distribuição do ónus da prova entre as partes²⁰².

¹⁹⁰ Cf. HUGO LUZ DOS SANTOS, WANG WEI, "A Distribuição..." in op. cit., pp. 66-7.

¹⁹¹ Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo...* op. cit., p. 203.

¹⁹² Cf. ADOLFO ALVARADO VELLOSO, *Garantismo...* op. cit.,

pp. 203-4.

¹⁹³ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 260 e segs.

¹⁹⁴ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 264 e segs.

¹⁹⁵ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 264 e segs.

¹⁹⁶ Cf. MICHELE TARUFFO, "Onere della Prova" in *Diritto on Line*: Treccani, 2017, p. 20.

¹⁹⁷ Seria o caso da requisição de um documento, no âmbito dos poderes inquisitório do juiz. Cf. Michele Taruffo, "La Valutazione..." in op. cit., pp. 256-7.

¹⁹⁸ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 266 e segs.

¹⁹⁹ Cf. MICHELE TARUFFO, *La Semplice...* op. cit., pp. 268-9.

²⁰⁰ Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Onere..." in op. cit., pp. 431-2.

²⁰¹ Cf. MICHELE TARUFFO, "Casi Una Introducción" in *Contra la Carga de la Prueba*, Madrid, 2019, p. 13.

²⁰² Cf. MICHELE TARUFFO, "L' Onere..." in op. cit., pp. 432-3.

Beltrán vai ainda mais longe quando alega que a teoria dinâmica foi ultrapassada, tendo em conta a consolidação do princípio da aquisição processual²⁰³. Consequentemente, o grau de exigência probatória depende do conjunto de provas carreadas para o processo, pelas partes ou pelo juiz, não do comportamento individual de um determinado sujeito processual²⁰⁴. Também enfatiza a crescente perda de importância da dimensão subjectiva do ónus da prova e até os pontos de vista que têm merecido algum acolhimento, no sentido de reflectir acerca da abolição do ónus da prova²⁰⁵. Por outro lado, estavam disponíveis mecanismos mais adequados, no sentido de auxiliarem as partes a trazer para o processo provas relevantes para a apreciação do objecto da causa. Um deles seria, ainda segundo Beltrán, os deveres emergentes do princípio de cooperação processual, acompanhados de um conjunto efectivo de sanções, em face do incumprimento das cominações legais relativas à concretização daquele princípio²⁰⁶.

Por seu turno, Fenoll, buscando apoio na história do processo, procura demonstrar como a repartição do ónus da prova corresponde ao período de apogeu da prova legal²⁰⁷. Por isso, no sistema de livre valoração da prova, não interessaria tanto se determinada prova foi carreada para os autos, por uma parte ou mesmo pelo juiz²⁰⁸. E, por isso, o réu nem deve esperar que o autor não consiga provar a sua pretensão, antes deve trazer ao processo toda a prova de que disponha, no sentido de contribuir para que o pedido improceda²⁰⁹. Por conseguinte, Fenoll admite a existência de um processo sem repartição do ónus da prova, dado que nem será o encargo probatório a determinar o ganho de causa, numa determinada acção judicial²¹⁰. Em suma, a teoria dinâmica do ónus da prova e consequente facilidade probatória estariam assentes no equívoco de que a repartição do ónus da prova seria a pedra angular do processo civil quando, afinal, isso assim não sucede²¹¹.

Entre nós, também Maria dos Prazeres Beleza alerta para este assunto. Admite que a teoria dinâmica, flexível e adaptável às circunstâncias de cada caso, deslocando o ónus da prova para a parte que se encontra nas melhores condições técnicas ou de facto para produzir a prova, assume virtualidades²¹². Todavia, realça a insegurança e acentuada incerteza que a aceitação de tal dinamismo pode trazer, em sede de repartição do ónus da prova, uma vez que o magistrado assume verdadeiros poderes de alteração do encargo probatório²¹³. Porém, como as regras de repartição do ónus da prova não se afiguram estritas regras de prova, mas podem determinar o conteúdo da sentença de mérito, dado existirem regras legais que determinam contra quem o juiz decide em caso de dúvida, não vê qualquer

²⁰³ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga Dinámica de la Prueba: Entre la Confusión e lo Innecesario" in *Contra la Carga de La Prueba*, Madrid, 2019, p. 71.

²⁰⁴ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga..." in op. cit., p. 72.

²⁰⁵ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga..." in op. cit., p. 73.

²⁰⁶ Cf. JORDI BELTRÁN, "La Carga..." in op. cit., pp. 80 e segs.

²⁰⁷ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga de la Prueba: Una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida" in *Contra la Carga de la Prueba*, Madrid, 2019, pp. 32 e segs.

²⁰⁸ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., p. 38.

²⁰⁹ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., p. 48.

²¹⁰ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., pp. 43 e segs.

²¹¹ Cf. JORDI FENOLL, "La Carga..." in op. cit., pp. 45 e segs.

²¹² Cf. MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "O Activismo..." in op. cit., p.9.

²¹³ Cf. MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "O Activismo..." in op. cit., pp. 10-1.

vantagem em aceitar aquele posicionamento doutrinário²¹⁴. Ademais, além da inexistência de lei expressa que permita aplicar tal teoria, sublinha a plúrima consagração de regras especiais, designadamente em sede de protecção do consumidor, no sentido de colmatar situações em que as regras gerais se revelem inadequadas²¹⁵.

Por sua vez, Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis procuraram reflectir acerca das metodologias mais apropriadas para lidar com a prova difícil²¹⁶. Em conformidade, atentaram no abaixamento do grau de convicção acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto. Por outras palavras, a *probatio levior*²¹⁷. Ponderam ainda a valia da prova por amostragem, a inversão e a distribuição dinâmica do ónus da prova²¹⁸. Quanto a este último tópico, manifestaram estranheza em face de um esquema de distribuição do esforço probatório, fundado numa ideia de dificuldade de prova, para uma parte²¹⁹. Tanto mais que a superação dos estados de necessidade probatórios, através de uma inversão do ónus injustificada, podia conduzir a uma prevalência da ideia de eficiência, sobre os motivos fundamentadores da acção subjacente às normas violadas²²⁰. Ademais, relativamente à prova diabólica, observaram a susceptibilidade de ocorrerem situações em que a prova fosse duplamente diabólica, pelo que as regras que procuravam impor o ónus da prova à parte que se encontrasse em melhores condições de a realizar não seriam eficientes, nem forneceriam um critério adequado²²¹.

²¹⁴ MARIA DOS PRAZERES BELEZA está a referir-se aos antigos artigos 515º, 516º e 265º nº 3, actuais 413º, 414º e 411º CPC, respectivamente. Cf. "O Activismo..." in op. cit., pp. 11.

²¹⁵ Cf. MARIA DOS PRAZERES BELEZA, "O Activismo..." in op. cit., p. 13.

²¹⁶ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova Difícil: Da *Probatio Levior* à Inversão do Ónus da Prova" in *Revista de Processo*, Vol. 38, nº 222, 2013, p. 155.

²¹⁷ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 159.

²¹⁸ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., pp. 161 e segs.

²¹⁹ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 166.

²²⁰ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 167.

²²¹ Cf. PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, "A Prova..." in op. cit., p. 169.

Referências

- ALEXANDRE, Isabel. A fase da instrução no processo declarativo comum. *In: Aspectos do Novo Processo Civil*. Lisboa, 1997.
- ALEXANDRE, Isabel. O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil. *In: O novo Processo Civil*. Lisboa, 2013.
- AROCA, Juan. *Análisis crítico de la ley de enjuiciamiento civil en su centenario*. Madrid, 1982.
- AROCA, Juan. El Derecho Procesal Civil en el siglo XX. *In: De processo: studi in memoria di Alessandro Giuliani*. Nápoles, 2001.
- AROCA, Juan. El Proceso Civil llamado como instrumento de justicia autoritaria. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano IV, n. 6, 2004.
- AROCA, Juan. *La paradoja procesal del siglo XXI*. Valência, 2014.
- AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la "buena fe procesal". *In: Proceso Civil e Ideologia*, Valencia, 2006.
- ASSIS, Araken. *Processo civil brasileiro*. v. II. t. II. 2. ed. São Paulo, 2016.
- AZEVEDO, António Moura de. A consolidação da teoria dinâmica de distribuição do ónus da prova no Novo CPC. *Âmbito Jurídico*, n. 143, dez. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-consolidacao-da-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-novo-cpc/>.
- BARBERIO, Sergio. Cargas probatorias dinamicas. *In: Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires, 2008.
- BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión e lo innecesario. *In: Contra la carga de la prueba*. Madrid, 2019.
- BESSA, Leonardo; LEITE, Ricardo. A inversão do ónus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, 2016.
- CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do onus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC". *Revista de Processo*, n. 246, 2015.
- CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. *In: Studi in onore di Enrico Redenti*. v. II. Milão, 1951.
- CARRATTA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 68, n. 2, 2014.
- CAUREO, Elisângela. Il dovere di verità e completezza nel processo civile. *Civil Procedure Review*, v. 9, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. *In: Saggi di Diritto Processuale*. v. I. Roma, 1930.

CIPRIANI, Franco. Autoritarismo e garantismo nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 49, n. 1, 1994.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas. *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, 2006.

CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. *Rivista di Diritto Civile*, ano 49, n. 1, 2003.

CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 61, n. 4, 2002.

CONJUR. "Pela Compreensão e Concretização do Garantismo Processual". Manifesto de Jundiaí, de 19 de Agosto de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial/>.

CORDEIRO, Menezes. *Litigância de má fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. Coimbra, 2014.

DAMRAU, Jürgen. *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen sei der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975.

DIDIER, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ónus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. II, n. 2, 2017.

DIDIER, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra, 2010.

FABIANI, Ernesto. *I poteri istruttori del giudice civile*. Nápoles, 2008.

FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 27, 1972.

FENOLL, Jordi. La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *In: Contra la carga de la prueba*. Madrid, 2019.

FERNANDES, Elisabeth. A prova difícil ou impossível. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, v. I, Coimbra, 2013.

FERRONI, Ugo. *Il Processo Civile moderno*. Cápua Vetere, 1912.

FRANÇA, Marcela Moura. Teoria das cargas probatórias dinâmicas e o artigo 333º do CPC. *Boletim Jurídico*, out. 2013. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/2708/teoria-cargas-probatorias-dinamicas-art-333-cpc>.

GOUVEIA, Mariana França. Os Poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um Processo Civil ao serviço do cidadão. *Julgar*, n. 1, 2007.

GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental anotado*. Coimbra, 2006.

JORGE, Nuno Lemos. Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial. *Julgar*, n. 6, 2008.

JORGE, Nuno Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Julgar*, n. 3, 2007.

JUNOY, Joan Picó I. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: *Proceso Civil e Ideologia*, Valência, 2006.

KOCH, Raphael. *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*. Tübingen, 2013.

LIEBMAN, Enrico. Fundamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, v. II, 1960.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 204, 2012.

MARINONI, Luiz. Do Processo Civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social". In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: www.abdpc.com.br.

MENDONÇA, Correia de. A cooperação processual civil entre um novo modelo e a sombra do inquisitório". *O Direito*, ano 151, n. 1, 2019.

MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do Processo Civil português. In: *Proceso Civil e ideología*. Valencia, 2006.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Processal*, ano V, n. 7, 2005.

MONTELEONE, Girolamo. Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sui diritto comparato). *Rivista di Diritto Processuale*, v. 62, n. 4, 2007.

MONTELEONE, Girolamo. Principi e ideologie nel processo civile: impressioni di un revisionista. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 62, n. 2, 2003.

MONTESANO, Luigi. Le prove disponibili d' ufficio e l' imparzialità del giudice civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 32, 1978.

MOREIRA, José Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Cadernos de Direito Privado*, n. 7, 2004.

MOREIRA, José Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano V, n. 7, 2005.

NÖRR, Knut. *Naturrecht un Zivilprozess: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976.

PEREIRA, Fernando Silva. Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano X, 2013.

PEYRANO, Jorge. *El Proceso Civil: principios y fundamentos*. v. I. Buenos Aires, 1978.

PEYRANO, Jorge. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, n. 217, ano 38, 2013.

PEYRANO, Jorge. La carga de la prueba. *In: Escritos sobre diversos temas de derecho procesal*, Buenos Aires, 2011.

PEYRANO, Jorge. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. *In: Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires, 2008.

PEYRANO, Jorge. La prueba difícil. *Civil Procedure Review*, v. 2, n. 1, 2011.

PEYRANO, Jorge. La Regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Civil Procedure Review*, v. I, n. 3, 2010.

PEYRANO, Jorge. Nota a fallo: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. *Revista de Derecho Procesal*, n. 3, 1999.

PEYRANO, Jorge; CHIAPPINI, Julio. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *El Derecho*, n. 107, 1984.

PISANI, Andrea. Il Codice di Procedura Civile del 1940 Fra Pubblico e Privato. *Foro italiano*, v. CXXIII, parte IV, 2000.

RAMOS, José Luís Bonifácio. Cooperação: novidade ou biombo do aumento dos poderes do juiz? *O Direito*, ano 151, n. 1, 2019.

REGO, Carlos Lopes do. Os princípios orientadores da reforma do processo civil em curso: o modelo da acção declarativa. *Julgar*, n. 16, 2012.

RESENDE, Miguel. O princípio da cooperação no novo Processo Civil. *In: Balanço do novo Processo Civil*, CEJ, Lisboa, 2013.

RICCI, Edoardo. Il principio dispositivo come problema di diritto vigente. *Rivista di Diritto Processuale*, 1965.

RICCI, Gian. Il processo civile fra ideologie e quotidianità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, 2005.

SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid, 2004.

SANTOS, Hugo Luz dos. A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas *iure condendo*. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano 57, n. 1, 2016.

SANTOS, Hugo Luz dos. Plaidoyer por uma distribuição dinâmica do ónus da prova e pela teoria das esferas de risco à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal

de Justiça de 18/12/2013: o admirável mundo novo no homebanking. *O Direito*, n. 147, III, 2015.

SANTOS, Hugo Luz dos; WEI, Wang. A distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual civil de Portugal e da região administrativa especial de Macau: algumas notas à luz do Direito Comparado. *Scientia Iuridica*, n. 343, 2017.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má fé*. Coimbra, 2008.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra, 2003.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, v. 38, n. 222, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da revisão do Processo Civil: projecto. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 2, 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As recentes alterações na legislação processual civil*. Lisboa, 2001.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa, 1997.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa, 1996.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Limites da cooperação do Tribunal. *Cadernos de Direito Privado*, n. 17, mar. 2007.

STRECK, Lenio. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre, 2010.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, 2016.

STÜRNER, ROLF. *Die Aufklärungspflicht der Parteien*. Tübingen, 1976.

TARUFFO, Michele. Casi una introducción. *In: Contra la carga de la prueba*, Madrid, 2019.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel Processo Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1984.

TARUFFO, Michele. L'istruzione probatoria. *In: La prova nel Processo Civile*. Milão, 2012,

TARUFFO, Michele. Onere della Prova. *In: Diritto on line*. Treccani, 2017.

TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 60, n. 2, 2006.

TARUFFO, Michele. Poderi probatori delle parti e del giudice in Europa". *In: Le Prove nel Processo Civile*. Milão, 2007.

TEIXEIRA, Micael. *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*. Lisboa, 2012.

VARELA, Antunes. A reforma do processo civil português. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129, 1996.

VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra, 1985.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. *In: I Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista*. Universidade Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 1999.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valência, 2005.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Imparzialità del giudice e giusto processo. *In: Stato di Diritto e garanzie processuali: atti delle II Giornate Internazionali di Diritto Processuale Civile*. Nápoles, 2008.

VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in un recente saggio. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 62, n. 3, 2002.