



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito processual civil português e macaense¹: reflexões no plano do direito a constituir

(The Dynamic Distribution of the Burden of Proof in the Portuguese and Macanese Civil Procedure Law: reflections from an *iure condendo* standpoint)

Hugo Luz dos Santos²

Magistrate of the Public Prosecution Office, Portugal.
hugo.miguel.luz@gmail.com

Resumo: O presente artigo doutrinal visa reflectir sobre a mobilização da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova para os quadros do direito probatório mate-

1. Foi publicada uma versão aproximada deste artigo em *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, n.º 343, Janeiro-Abril 2017. Introduziram-se diversas referências bibliográficas adicionais, que resultaram de investigação posterior à publicação daquele primeiro artigo.
2. Autor de dezenas de artigos sobre o Gaming Law, Direito Civil, Direito Bancário, Processo Civil, Direito Penal, Direito das Sociedades Comerciais, Direito Comercial, Direito da União Europeia, Direito e Processo Penal, Direito da Família, e Direito da Arbitragem. É coautor do Anteprojecto referente à parte geral do Código Penal de Macau, em matéria de responsabilidade penal das pessoas colectivas. Uma súmula das suas publicações científicas nos Estados Unidos da América, Portugal, Macau e Canadá pode ser encontrada em *LinkedIn*: Hugo Luz dos Santos.

rial de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau, no plano do direito a constituir.

O presente artigo traçará as linhas gerais referentes à recente reforma do Código de Processo Civil de Portugal de 2013, especialmente no que concerne à audiência prévia, cuja importância precípua está intimamente interligada com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

Abstract: The present article intends to analyse the mobilization of the theory of the dynamic distribution of the burden of proof to the Portuguese and Macanese Civil Procedure Law, from an *iure condendo* standpoint. Moreover, this article will provide an overview about the recent civil procedure code reform of Portugal of 2013, mainly from the “audiência prévia” (*pretrial*) standpoint, whose uttermost importance is deeply intertwined with theory of the dynamic distribution of the burden of proof.

Palavras-chave: Distribuição dinâmica do ónus da prova / Case management / Audiência prévia / gestão processual em sentido material/Portugal/Região Administrativa Especial de Macau,

Keywords: Dynamic Distribution of the Burden of Proof/ Case management/ Pretrial/ Active Case management/ Portugal/ Macau, SAR.

I. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA NO DIREITO PROBATÓRIO MATERIAL DE PORTUGAL E DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU: A SUA IMPORTÂNCIA, DE *IURE CONDENDO*, NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL DO FUTURO E OS SEUS CRITÉRIOS DE CONCRETIZAÇÃO³

“As insuficiências detectadas na distribuição fixa ou estática dos ónus probatórios – unicamente alicerçada na função desempenhada pelo facto na norma subjacente ao direito invocado e, portanto, alheia à maior ou menor facilidade probatória de uma das partes em conflito – aporta para a prova de certos factos uma dificuldade inaceitável”⁴.

Uma primeira reacção a estas dificuldades surgiu na América Latina, designadamente na Argentina pelo punho de Peyrano, o qual desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. “A teoria assenta na utilização de um critério de distribuição diverso e necessariamente dinâmico, destacado por Jeremy Bentham, o qual propunha que na distribuição dos ónus probatórios deveria ter-se em conta não

3. Por vontade expressa do Autor o texto segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico, que não se encontra em vigor na Região Administrativa Especial de Macau.

4. Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia (orgs.), vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 828.

a função que o facto desempenha na norma – elemento, esse, necessariamente fixo e estático – mas, antes, a consideração da parte a quem fosse, em concreto, mais fácil produzir a prova de determinado facto”⁵.

O método de distribuição das cargas probatórias subjectivas seria, assim, *híbrido*, contando, à partida, “com uma distribuição geral e abstracta perfeitamente previsível que poderia ficar abalada no caso concreto, se e de cada vez que a particularidade do mesmo o exigisse, atenta a especial dificuldade de prova do facto objecto do ónus em causa”⁶.

Com efeito, e como afirmámos noutra local⁷, à análise da norma de direito substantivo não devem presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a falta de clareza da norma de direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “elementos racionais”⁸, cuja acuidade mais se faz sentir em campos temáticos baseados em conhecimentos científicos⁹, onde estejam em causa os direitos dos consumidores – a parte mais frágil –, cujo ónus probatório, onde a prova se afigure difícil¹⁰, ou mesmo impossível¹¹, esvaziaria o conteúdo essencial da sua tutela jurisdicional efectiva.

Por isso se compreende a razão pela qual a mais autorizada doutrina advoga, nos casos de dificuldade manifesta na prova de determinados factos, a inversão do ónus da prova ou, pelo menos, uma redistribuição mais equilibrada do ónus da prova¹², e, no âmbito desta, a mobilização da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, cujo precursor, no seu desenho actual, foi, como se disse, o preclaro processualista argentino Jorge W. Peyrano, “o ónus probatório deveria ser distribuído não por causa da função que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função do conceito de prova

5. Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, p. 828.

6. Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, p. 829.

7. Neste sentido, 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*, Ano 147.º, III, 2015, *passim*, texto que, com assinaláveis actualizações temáticas, doutrinárias e jurisprudenciais, seguiremos de muito perto, neste apartado.

8. Neste sentido, José Lebre de Freitas, “A propriedade de prédio confinante na norma do art. 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho de 2010, p. 24, nota 14.

9. Neste sentido, Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, pp. 811-813.

10. Procedendo à indicação dos *factos difíceis de provar*, na doutrina argentina, Jorge W. Peyrano, “La prueba difícil”, in *Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*, AA.VV., Buenos Aires, 2003, pp. 329-330.

11. Elizabeth Fernandez, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 93, Maio/Junho de 2012, p. 11.

12. Neste sentido, Elizabeth Fernandez, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, *cit.*, p. 25.

mais fácil, atribuindo-o, especificamente, à parte que está casuisticamente em posição mais favorável de o demonstrar”¹³.

Deste modo, a concreta distribuição do ónus probatório deve autonomizar-se da natureza que os factos assumem no desenho processual (factos constitutivos ou impeditivos) *quando e se* essa natureza tornar impossível ou difícil a prova desses factos naturalísticos¹⁴.

O que bem se compreende. “Com efeito, a forma de distribuição do ónus da prova que acima se enunciou não leva em conta as consequências dessa repartição, nomeadamente o efeito distributivo do ónus da prova. Consequentemente, em várias situações, o ónus da prova resulta atribuído a uma parte para quem é manifestamente difícil, ou mesmo praticamente impossível, demonstrar a ocorrência da versão onerada com o facto”¹⁵.

Para fazer face a este problema, alguns Autores¹⁶ têm avançado uma solução que se situa no âmbito da livre apreciação da prova. Por isso, sugerem que o julgador tenha em conta, no momento de apreciar as provas, que o onerado estava numa posição particularmente difícil para conseguir demonstrar os acontecimentos, devendo ser menos exigente na altura de considerar provados os factos principais, em comparação com o que aconteceria se tal dificuldade não se verificasse”¹⁷.

Continuando a acompanhar de muito perto o pensamento de Micael Teixeira, tal raciocínio não pode ser sufragado, por duas ordens de razões.

“A primeira consiste na circunstância de, nas regras da experiência comum que devem orientar a apreciação das provas, não ser possível incluir a eventual dificuldade que a parte onerada teve em recolhê-las. Efectivamente, se essa parte conseguir, apesar dos obstáculos, apresentar algumas provas, estas devem ser apreciadas como quaisquer outras, tendo em conta os conhecimentos da vida, da lógica, da regularidade ou normalidade dos acontecimentos, critérios que indicam objectivamente a credibilidade das provas. Como tal, a título de exemplo, caso certa testemunha apresente incoerências no seu discurso, internas ou em comparação com outros meios de prova verosímeis, o julgador deve desvalorizar o respectivo depoimento, apesar da dificuldade probatória”¹⁸.

13. Neste sentido, Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Instituto do Conhecimento AB, Coleção Estudos, n.º 2, Almedina, 2014, pp. 297-298.

14. Neste sentido, muito recentemente, Jorge W. Peyrano, “La prueba difícil”, in *Civil Procedure Review*, vol. 2, n.º 1, January/April, 2011, pp. 86-96.

15. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 302.

16. No que toca à dificuldade de provar a ocorrência de *factos negativos*, Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, Madrid, Bosch, 2003, p. 378; Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o ónus da prova em processo civil*, Coimbra, 1998, p. 141.

17. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

18. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

Além disso, será muito provável que, se certa parte se deparar com dificuldades probatórias, não consiga apresentar quaisquer provas para demonstrar a versão factual com que está onerada. E, neste caso, não existirão provas para apreciar, pelo que, também por este motivo, de nada serviria a menor exigência no que respeita à apreciação das provas”¹⁹.

Depois, mesmo que se entenda que a dificuldade em produzir a prova deva aligeirar a exigência do julgador com vista à consideração dos factos como provados, “não podemos partilhar da opinião de que esse aligeiramento fosse correcto, pelo menos no âmbito do direito privado. Isto porque a medida da prova exigível neste âmbito é já a menos exigente que se pode conceber, ou seja, a prova preponderante. Esta não pode, portanto, ser aligeirada sob pena de se estar a considerar como provado um facto que, pelo contrário, se deveria tomar como não provado, por insuficiência probatória, visto que a medida da prova seria inferior a 50%”²⁰.

Por conseguinte, é no âmbito da distribuição do ónus da prova, e não no âmbito da apreciação da prova, que a dificuldade de provar deve ser tida em conta, podendo aqui ser encontrada uma solução eficiente para aquele problema.

Face ao exposto, e tal como já se referiu, a noção que constitui a base do funcionamento da distribuição dinâmica do ónus da prova é a da facilidade em produzir a prova, cujas linhas programáticas gizaremos sob a epígrafe de *i)* cláusula geral – a facilidade relativa de produzir a prova; *ii)* a proximidade e o controlo dos factos; *iii)* os conhecimentos técnicos e o exercício de uma actividade enquanto profissional; *iv)* o acesso aos meios de prova.

No que se refere à *cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova*, “está implícita nesta a existência e a identificabilidade de casos em que exista um desequilíbrio entre as capacidades probatórias de cada parte²¹, para que se atribua o ónus à parte que apresente a maior facilidade probatória²². Como tal, a aplicação desta forma de repartição do ónus da prova pressupõe que se concretize a cláusula da maior facilidade relativa de produzir a prova”²³.

Numa tentativa de densificar a *cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova*, serão agrupados 3 (três) casos tipológicos, acima identificados em *ii)*, *iii)* e *iv)*, em sede dos quais será possível identificar as circunstâncias que podem determinar a existência de desigualdade na capacidade de produção da prova entre as partes.

19. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

20. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 304.

21. Na doutrina argentina, Inés White, *Cargas probatorias dinâmicas*, Buenos Aires, 2012, p. 68.

22. Na doutrina argentina, Abraham Vargas, *Cargas probatorias dinâmicas. Sus perfiles*, Buenos Aires, 2013, p. 10.

23. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 307.

No que respeita ao *critério da proximidade e controlo dos factos*, “os casos em que com maior nitidez se verifica uma clara proximidade e controlo dos factos da parte a quem aproveita a versão privilegiada em relação à parte contrária (onerada com a prova) são algumas situações de ressarcimento de danos resultantes do incumprimento das chamadas “obrigações de meios”, nomeadamente no que diz respeito à prova dos requisitos da ilicitude”²⁴ (incumprimento)²⁵, da culpa e do nexo de causalidade²⁶. Nestes casos, portanto, a distribuição dinâmica do ónus da prova aconselha a inversão do ónus da prova^{27/28}.

24. Verdadeiramente, “a ilicitude da actividade do médico será afirmada se concluirmos que a mesma consubstancia uma violação das *leges artis* impostas a um profissional prudente da respectiva categoria ou especialidade, mas não será necessário aquilatar se, na execução ou inobservância dos deveres que lhe são exigíveis, o médico actuou com diligência, cuidado ou prudência impostos a um profissional medianamente diligente, zeloso e cuidadoso, uma vez que tal juízo terá lugar ao nível da culpa. No fundo, a ilicitude traduz-se numa desconformidade objectiva face aos comandos da ordem jurídica e a culpa num juízo de censurabilidade subjectiva à conduta desviante do lesante/devedor”; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, in *CDP*, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 62; afirmando, ainda que noutra âmbito temático, a insuficiência do carácter residual da responsabilidade civil delitual, Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, pp. 271 e segs.; na doutrina alemã, Fikentscher/Heinemann, *Schuldrecht*, 13, Auflage, 2015, pp. 736 e segs.
25. A jurisprudência dos tribunais superiores portugueses tem sistematicamente caminhado no sentido de que: não tendo sido provado o incumprimento dos deveres objectivos de cuidado por parte do médico, ou seja, a ilicitude, haverá lugar à absolvição do réu-médico [Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), de 18/9/2007]; a falta de prova da ilicitude determina a absolvição dos médicos, uma vez, que não tendo havido prova do incumprimento ou do cumprimento defeituoso das *leges artis*, não se pode, por isso e subsequentemente, lançar mão da presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil (Acórdãos do STJ de 2/10/2008 e de 15/10/2009). No seu acórdão de 1/7/2010, o STJ considerou que a autora não tinha logrado fazer prova do exigível nexo de causalidade entre o diagnóstico errado e o agravamento das lesões sofridas. Todos os arestos estão disponíveis em www.dgsi.pt. A posição de desvantagem do paciente lesado resulta, como parece ficar claro, da dificuldade inerente à actividade probatória; neste sentido também, Mafalda Miranda Barbosa, “A jurisprudência portuguesa em matéria da responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *CDP*, n.º 38, Abril/Junho de 2012, p. 17.
26. No direito comparado, discreteando sobre as diferenças quanto ao ónus da prova entre responsabilidade contratual e extracontratual. Na doutrina alemã, Heinemann, *Beweislastverteilung*, 2015, pp. 73-140. Fazem referência à mesma distinção Rödl, *Die Spannung der Schuld*, Berlim, Duncker & Humblot, 2014; Canaris, “Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach § 275 Abs. 2 BGB beim Stückkauf”, *Juristischen Zeitung (JZ)*, 2004/5, pp. 214-225; e Lobinger, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014. Na doutrina inglesa, Treitel, *The law of contract*, 13.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 780-781.
27. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 309.
28. Não podemos, na verdade, “ignorar os múltiplos obstáculos colocados ao paciente enquanto leigo para alcançar a demonstração dos pressupostos da responsabilidade do médico: desde logo, o difícil acesso aos registos clínicos, assim como a onerosidade coenvolvida na convocação de peritos. A inversão do ónus da prova alivia significativamente a posição do paciente enquanto credor da obrigação de indemnizar”; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, cit., p. 65.

Assim, no âmbito da classificação das obrigações como sendo de meios ou de resultado, adoptando o entendimento de Pedro Múrias/Lurdes Pereira²⁹, ambas as obrigações se caracterizam pela referência a um resultado³⁰, sendo que, nas de meios, a obrigação consiste na tentativa adequada de causar esse resultado, nas de resultado consiste na efectiva produção do resultado, em consequência do comportamento do devedor. “Consequentemente, é natural que, nas primeiras, pressupondo que houve alguma tentativa, a demonstração de que esta foi culposamente inadequada à produção do resultado e de que existe um nexo de causalidade (naturalístico e adequado) entre aquela inadequação e a produção do dano, é claramente mais difícil do que a prova dos mesmos elementos nas obrigações de resultado, nas quais o incumprimento

29. Pedro Múrias/Lurdes Pereira, “Obrigação de meios, obrigação de resultado e custos de produção”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 999 e segs.
30. “Existem algumas actividades médicas onde se pode visualizar a assunção de verdadeiras obrigações de resultado: a cirurgia estética de embelezamento e a odontologia, para além de outras situações. Quanto à cirurgia estética de embelezamento, há realmente quem sustente, com o fundamento de o médico intervir em corpo são, a sujeição do tratamento dos danos neste âmbito registados aos cânones das obrigações de resultado, ao invés de quanto sucede no campo da cirurgia estética reconstrutiva, onde se deve seguir o regime-regra delineado na existência de uma obrigação de meios. A colocação de próteses, ou certas operações onde os objectivos a alcançar não dependem senão da competência técnica dos médicos, podem configurar-se como obrigações de resultado. Porém, certas actividades dentárias mais complexas, porquanto não se encontram dependentes de factores diversos do estrito cumprimento das *leges artis*, devem considerar-se incluídas na categoria das obrigações de meios. Em face de quanto acabámos de mencionar, parece fazer sentido, tal como defende uma certa orientação doutrinal, a necessidade de abandonar uma perspectiva global da actuação do médico, considerando cada fragmento individualizável da mesma, e, desta forma, atendendo à álea que o caracteriza, poder-se-ão distinguir obrigações fragmentárias de actividade e obrigações fragmentárias de resultado” (neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, *cit.*, p. 68; no mesmo sentido, Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico – reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 98-99). Concluindo, a referida doutrina defende a admissibilidade da presunção de culpa do médico-réu-devedor no âmbito das obrigações de meios (arts. 493.º, n.º 2 ou 799.º, n.º 1, do Código Civil – configurando a actividade médica, como uma actividade perigosa – vide o caso das transfusões de sangue – cfr. Acórdão do STJ de 13/3/2007, relator Nuno Cameira, disponível em www.dgsi.pt). A doutrina tem enfatizado que, no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, nas obrigações de meios aquilo que está *in obligatio* é a realização de uma actividade médica, de acordo com os padrões de diligência exigíveis a um profissional da respectiva categoria. Desta feita, se na sequência da intervenção médica se registarem ou agravarem os danos do paciente, presume-se a culpa do profissional de saúde, independentemente de este não se ter comprometido a alcançar o resultado da cura. Não faz sentido afirmar que nestas situações a presunção de culpa não se revela aplicável em virtude de o devedor não se ter vinculado à obtenção de um resultado; neste sentido, Filipe Albuquerque Matos, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos”, *cit.*, p. 68; contra, no sentido de que a presunção de culpa não se aplica em sede das obrigações de meios, Miguel Teixeira de Sousa, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, p. 137; M. Rosário Nunes, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica por actos médicos*, 2005, p. 48; na jurisprudência, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 19/4/2007 e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20/7/2006, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

consiste na própria não verificação do resultado e é essa situação a (supostamente) determinar a ocorrência do dano”³¹.

De facto, é em sede dos casos de incumprimento de obrigações de meios, mormente no âmbito da prestação de cuidados médicos, que se suscita primordialmente a questão da distribuição do ónus da prova através da distribuição dinâmica.

Com efeito, “na prestação destes serviços médicos, em particular quando estejam em causa intervenções médicas susceptíveis de causar danos graves (nomeadamente as intervenções cirúrgicas), surgem dificuldades probatórias no que respeita à demonstração da ilicitude, culpa e nexos de causalidade motivadas pelo afastamento e pela ausência de controlo que o paciente, enquanto parte onerada com a prova, tem sobre o facto danoso. Pelo contrário, será o médico que estará mais próximo e que assumirá o controlo sobre a intervenção, por vezes mesmo de forma absoluta, sem qualquer possibilidade de o paciente poder sequer presenciá-la, nomeadamente nos casos em que esteja anestesiado. Além disso, o médico tem obviamente acesso a dados clínicos e a conhecimentos técnicos relativamente ao facto danoso de que o paciente, à partida, não dispõe”³².

Por isso, de acordo com o critério da distribuição dinâmica do ónus da prova, este deverá, no que diz respeito à prova da não verificação daqueles elementos (inobservância dos requisitos da responsabilidade civil por acto médico, concretamente, a ilicitude, da culpa e do nexos de causalidade entre o facto e a produção do dano), caber ao réu-médico³³. De facto, “tendo este presenciado e controlado a intervenção cirúrgica e conhecendo melhor os procedimentos e os possíveis resultados da mesma, estará naturalmente em melhores condições de apresentar provas que sejam coerentes e persuasivas de que, por exemplo, respeitou as *leges artis* aplicáveis ao caso e actuou com a diligência e o zelo exigíveis a um profissional medianamente diligente e zeloso na sua especialidade médica (não verificação da culpa nem da ilicitude) e/ou de que os danos verificados não eram de todo previsíveis ou que se ficaram a dever a uma causa diferente da intervenção médica (não verificação do nexos de causalidade). Deste modo, a maior facilidade probatória do médico não é afectada por ele ficar onerado com a prova de um facto negativo, pois poderá demonstrar a não-causalidade atra-

31. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 310.

32. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., pp. 310-311.

33. Os tribunais superiores argentinos têm reafirmado esta prática, sendo paradigmático o acórdão da *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, de 10 de Dezembro de 1997 (Ana Maria Pinheiro). Com efeito, desta decisão, que se refere à responsabilidade civil por acto médico (realização de um parto), podemos, acompanhando a doutrina citada na nota anterior, destacar a seguinte passagem: «no tema da *mala praxis* médica deve acatar-se, em princípio, o antigo aforismo processual *onus probandi incumbit actore*, assim como são aplicáveis, nesta sede, as normas de culpa subjectiva. No entanto, como a maioria destes casos se referem a situações extremas de muito difícil demonstração, assume uma enorme importância o conceito de “distribuição dinâmica do ónus da prova” ou “prova partilhada”, que onera quem se encontre em melhores condições de apresentar em juízo os elementos tendentes à obtenção da verdade objectiva (os médicos ou o hospital, por terem conhecimentos técnicos e participado directamente no facto danoso)».

vés da prova de algum facto positivo que tenha maior facilidade em demonstrar (por exemplo, a prova do cumprimento de todas as boas práticas aplicáveis ao caso)”³⁴.

Além dos danos causados em resultado de actos médicos³⁵, vários outros casos se podem enumerar em que, da mesma forma, a distribuição dinâmica do ónus da prova aconselha que se atribua este ónus a uma parte distinta daquela que o suporta de acordo com a distribuição decorrente do art. 342.º do Código Civil de Portugal de

34. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 311.

35. Após um longo e intenso debate legislativo, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou, nos termos da alínea 1) do art. 71.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, a criação da Lei n.º 5/2016 que, por sua vez, instituiu o novo regime jurídico do erro médico. A referida Lei n.º 5/2016, que foi aprovada no dia 12 de Agosto de 2016, entrou em vigor 180 dias após a data da sua publicação (art. 43.º) O novo regime jurídico do erro médico tem como finalidade a salvaguarda dos direitos e interesses legítimos dos utentes e dos prestadores de cuidados de saúde (art. 1.º). Todavia, a modalidade da responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde (art. 20.º) prevista no regime jurídico do erro médico – a responsabilidade civil por actos ilícitos – coloca o utente numa posição processual desfavorável em relação aos prestadores de cuidados de saúde. Com efeito, estando a responsabilidade civil dos prestadores de cuidados de saúde sujeita ao regime jurídico da responsabilidade civil por factos ilícitos (art. 20.º), colocou-se o utente numa posição de fragilidade (desde logo, no que respeita à prova dos factos ilícitos), uma vez que o mesmo terá de fazer prova de *todos* os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, a saber, *i*) facto voluntário; *ii*) ilicitude; *iii*) culpa; *iv*) dano; e *v*)nexo de causalidade entre o facto voluntário e a produção do dano; o que, atento o facto de, por regra, estarmos em face de um utente que, compreensivelmente, não domina a complexidade da actividade médica, torna essa prova muito difícil ou (quase) impossível. E esse desequilíbrio na produção da prova previsto no novo regime jurídico do erro médico da Região Administrativa Especial de Macau, que está a cargo do utente, é agravado, em certa medida, pela própria formatação do ónus da prova prevista no Código Civil de Macau de 1999, que tem subjacente a teoria das normas de Leo Rosenberg. Com efeito, o Código Civil de Macau, seguindo o exemplo do *BGB* (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre facto constitutivo e facto impeditivo (art. 335.º, n.os 1 e 2). De harmonia com a denominada teoria das normas, que teve em Leo Rosenberg o principal defensor, há que identificar o que é a regra e o que é a excepção na norma de direito substantivo e esta tarefa do intérprete está facilitada quando a excepção é introduzida por palavras e expressões como “excepto”, “salvo se”, “a não ser que”, “mas”, “desde que” constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, *e. g.*, nos arts. 493.º, n.º 3, 495.º, 498.º, 502.º, n.º 1, 902.º, n.º 1, e 904.º, n.º 1, todos do Código Civil de Macau. Todavia, nos casos em que o Código Civil de Macau faz essa distinção a tarefa do intérprete está facilitada. A verdadeira dificuldade surge, porém, quando, por um lado, a lei não prevê qualquer distinção entre o que constitui *regra* e o que constitui *excepção* e, por outro lado, mesmo quando essa distinção é feita, a lei acabe por fazer recair sobre a parte processualmente mais fraca (o utente) o ónus da prova dos factos constitutivos que alega, ou seja, o erro médico do prestador dos cuidados de saúde (factos ilícitos), tornando essa prova, em face da dificuldade que lhe é inerente, muito difícil ou mesmo impossível. Para aligeirar esse desequilíbrio, o legislador de Macau poderia ter levado em conta alguns contributos de direito comparado, nomeadamente referentes aos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado em matéria de responsabilidade civil por acto médico, tais como o recurso às máximas da experiência resultantes da regra *id quod plerumque accidit* em Itália; da *prova prima facie* ou de primeira aparência (*Anscheinbeweis*) na Alemanha; da *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado; das presunções “*graves, precisas et concordantes*” (art. 1353.º do Code Civil) em França; e, por último, da teoria da perda de chance.

1966 e do art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999³⁶, também esta parte não é a que se encontra mais próxima ou que possui o controlo efectivo do facto cuja demonstração está em causa. Enunciados de forma breve poderemos avançar os seguintes exemplos: “a) a atribuição ao demandado, parte no negócio (razão da maior proximidade e do controlo do facto), do ónus da prova de que este não fora simulado, em acção judicial em que um *terceiro* vise a declaração de nulidade do negócio simulado³⁷; b) a imputação do ónus da prova à parte que se prevalece do regime aplicável à pessoa colectiva, nomeadamente a consciência e a intencionalidade do abuso daquela (bem mais próximos da parte que se prevalece deste regime), sempre que esta não decorra

36. Note-se que, em todos os exemplos a que se fez referência no texto, acompanhando de muito perto a doutrina citada nas notas que antecedem, a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova determina apenas que, em comparação com o critério distributivo deste ónus da prova que consta do art. 342.º do Código Civil de Portugal de 1966 e do art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999, haja inversão do *onus probandi* relativamente àqueles factos principais em que se verifique que a parte onerada segundo aquele preceito do Código Civil de Portugal de 1966 e do Código Civil de Macau de 1999 não seja a que apresente maior facilidade probatória. Ora, tal nem sempre se verificará relativamente a todos os factos principais cuja prova é relevante nos exemplos acima avançados. Concretizemos, acompanhando a doutrina citada, com o exemplo da responsabilidade civil por actos médicos: *a prova da inexistência de culpa ou de ilicitude ou de que o dano não se ficou a dever à intervenção médica (nexo de causalidade)*, por ser comparativamente mais fácil ao médico do que a versão contrária seria ao paciente, *cabem*, segundo a distribuição dinâmica do ónus da prova, *ao médico*, verificando-se, a este respeito, uma inversão da distribuição deste ónus da prova que resultaria do referido art. 342.º; diferentemente, *a prova da verificação do facto voluntário e do dano*, visto ser mais fácil ao paciente do que a versão inversa seria ao médico (critério da proximidade e controlo dos factos), *cabem*, segundo a ideia de que tratamos, *ao paciente*, mantendo-se aqui o resultado distributivo decorrente do referido preceito legal; Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 312, nota 112.

37. Pretendendo o recorrente inculcar a ideia de que ocorreu um acordo simulatório entre ele e o recorrido, consistente em, por codilho entre ambos, com intenção de acarretar prejuízo para a autora original, traduzido na execução do imóvel dado como garantia do mútuo, ter o primeiro usado em seu benefício a quantia mutuada, sendo tal facto do conhecimento do recorrido, incumbia-lhe provar ter exorbitado ou extravasado os poderes que haviam sido conferidos por aquela através do mandato, sem o que não se poderá concluir pela existência de simulação (neste sentido, recentemente, Acórdão do STJ de 20/10/2015, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino, disponível em www.dgsi.pt). Com efeito, a jurisprudência do STJ tem entendido maioritariamente que, por força da aplicação da proibição contida no n.º 1 do art. 394.º do Código Civil ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores (n.º 2), é vedado o recurso a testemunhas para a prova quer do pacto simulatório quer do negócio real, em caso de simulação relativa, quando o negócio aparente esteja titulado por documento autêntico ou particular. É, pois, de permitir o recurso a testemunhas para a prova da simulação quando não for arguida pelos simuladores, ou seja, quando for invocada por terceiros (n.º 3), excepção que se justifica pela dificuldade que teriam terceiros de obterem documentos probatórios da trama simulatória, justamente dada essa sua qualidade. Todavia, esta proibição não reveste carácter absoluto, vindo a jurisprudência a admitir, de há muito, a prova testemunhal quando por documentos haja um princípio de prova escrito desse acordo simulatório. (neste sentido, Acórdão do STJ de 4/5/2010, relatado pelo Conselheiro Cardoso de Albuquerque, disponível em www.dgsi.pt).

de uma prescrição legal concreta³⁸; c) em acção que vise a impugnação pauliana de

38. De facto, nos casos em que a lei prevê a desconsideração da personalidade colectiva para efeitos determinados [cfr., por exemplo, os arts. 84.º, n.º 1, e 270.º-F, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais (CSC)] não se exige, à partida, a prova de requisitos com elevada dificuldade probatória. Pelo contrário, sempre que a superação da personalidade colectiva assente em prescrições legais mais genéricas, como ocorre com o abuso de direito, surgirão dificuldades probatórias a que a distribuição dinâmica procura atender; Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 312, nota 114; na doutrina espanhola, Carlos Pastor, *Cargas Probatorias Dinámicas*, Buenos Aires, 2012, pp. 419 e segs. Aqui, quando a desconsideração da personalidade jurídica assenta em grupos de casos de extração essencialmente doutrinal e jurisprudencial (v. g., mistura de patrimónios sociais e pessoais; património da sociedade comercial utilizado para fins pessoais dos sócios; apropriação de bens da sociedade comercial por parte dos sócios; descapitalização provocada), as coisas, do ponto de vista da distribuição do ónus da prova, complicam-se ainda mais: porquanto se a descapitalização, diferentemente da subcapitalização, se verifica quando os recursos disponibilizados pelos sócios – adequados e suficientes ao exercício da actividade societária – se perdem no decurso da exploração e do desenvolvimento da actividade societária, e, no caso da descapitalização provocada, como acto voluntário dos administradores, implica, ou a *Existenzvernichtung* (“a aniquilação da existência” da empresa societária) ou a *HaftungsDurchgriff* (“os sócios de uma determinada sociedade comercial são chamados a responder, perante os credores da mesma, pelas dívidas da sociedade comercial”), como é que se distribui o ónus da prova nestes casos? - sobre a temática da desconsideração da personalidade jurídica, na doutrina alemã, Jochen Vetter, *Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung*, BB, 2007, pp. 1965 e segs.; Friedrich Kübler/Heinz – Dieter Assmann, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 9. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, pp. 370 e segs.; na doutrina portuguesa, Maria de Fátima Ribeiro, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 134 e segs.; mais recentemente, Diogo Costa Gonçalves, “Apontamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no projecto de Código Comercial Brasileiro”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, 2015, n.º 2, pp. 297-325; Maria de Fátima Ribeiro, “A desconsideração da personalidade jurídica: as realidades brasileira e portuguesa”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Março de 2016, Ano 8, vol. 15, pp. 29-58; na doutrina de Macau, Augusto Teixeira Garcia, “Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau”, in *Um diálogo consistente. Olhares recentes sobre temas do Direito Português e de Macau*, Macau, China, Fundação Rui Cunha/Associação de Estudos de Legislação e Jurisprudência de Macau, STA Lawyers, 2016, pp. 47-68; muito recentemente, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Notas sobre a natureza da personalidade jurídica das pessoas colectivas”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro 2016, Ano 8, Vol. 16, 2016, 77-104; na doutrina brasileira, em face do art.º 50.º, do Código Civil do Brasil de 2002; LUCIANO DEQUECH, “Desconsideração da personalidade jurídica”, in: *Novo Código Civil – Questões controvertidas*, VI, 2007, pp. 252-270; na doutrina brasileira, MARCELLA BLOK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea”, in: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.º 59, 2013, pp. 91-167; na doutrina portuguesa, DIOGO COSTA GONÇALVES, “Apontamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no projeto de Código Comercial Brasileiro”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VII, (2015), Número 2, Director: António Menezes Cordeiro, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 297-324; a doutrina brasileira considera que esta disposição legal condensa uma «suspensão episódica da eficácia do acto de constituição da sociedade», neste sentido, FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial. Volume 2. Direito da Empresa. Sociedades*, São Paulo, Editora Saraiva, 14ª edição, 2013, p. 52; na doutrina brasileira, em face do art.º 196º, do Projecto de Código Comercial do Brasil de 2013; FÁBIO ULHOA COELHO, “Os princípios de Direito comercial no Projecto de Código Comercial”, in: *Reflexões sobre o Projecto de Código Comercial*, 2013, pp. 101-116; na doutrina portuguesa, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO/RUI DIAS, “Desconsideração da personalidade jurídica de sociedade brasileira por tribunal brasileiro,

acto oneroso, a atribuição do ónus da prova da não verificação de má-fé ao devedor, visto ser este a participar nesse acto (art. 612.º, n.º 1, do Código Civil); *d*) numa acção que vise o cancelamento ou a transferência de um nome de domínio.pt na internet, atribuir ao demandado (titular do domínio) o ónus da prova da existência de direitos ou interesses legítimos na utilização do nome e de que o domínio não fora registado nem utilizado de má-fé [art. 43.º, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), e § único do Regulamento de Registos de Domínios.PT]; *e*) em qualquer acção judicial em que seja relevante determinar a ocorrência de um acto de concorrência desleal ou publicidade ilícita, onerar o demandado com o ónus da prova da veracidade das suas declarações publicitárias ou de efeito concorrencial, visto que estará muito mais próximo dos elementos que permitem atestar essa veracidade³⁹; *f*) em acção judicial proposta por um terceiro beneficiário de um contrato de seguro contra o segurador (parte do contrato, mais próxima do mesmo), atribuir a este o ónus da prova da inexistência ou ineficácia do contrato de seguro⁴⁰;

para responsabilização de sócios portugueses. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 5.6.2014, Proc. 93/13”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 49, 2015, Braga, Cejur, 2015, pp. 45-65; ANA FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, in: *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Fábio Ulhoa Coelho/Maria de Fátima Ribeiro (Coordenação), Coimbra, Almedina, 2012, pp. 479-514; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A desconsideração da personalidade jurídica: as realidades brasileira e portuguesa”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, ano 8, Volume 15 (2015), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 29-57. A subcapitalização material de uma sociedade comercial, ao contrário da descapitalização provocada, dá-se quando esta não dispõe de meios suficientes para o exercício da respectiva actividade económica. Esta insuficiência é avaliada por referência ao objecto social e tendo em conta a própria dinâmica societária; na doutrina portuguesa, por todos, PEDRO BAPTISTA LIMA, “O levantamento da personalidade colectiva e a subcapitalização das sociedades por quotas – Um sistema disfuncional?”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número 2, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2017, p. 413. Compreende-se porquê: a Ciência do Direito permite o *levantamento da personalidade coletiva da sociedade comercial para se descobrir os efectivos responsáveis pelos actos* – o levantamento da personalidade da pessoa colectiva é, pois, uma exigência do sistema; RITA TERRÍVEL, “O levantamento da personalidade colectiva nos grupos de sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano IV (2012), Número 4, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2013, p. 975; em sentido aproximado, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Processo n.º 0735578”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 32, Cejur, Braga, (2011), pp. 32-56; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Da pertinência do recurso à “desconsideração da personalidade jurídica” para tutela dos credores sociais, - Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29.04.2008”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 27, Cejur, Braga, (2009), p. 51.

39. Refira-se que a repartição do *onus probandi*, que a distribuição dinâmica aconselha nestes dois casos é a que se encontra expressamente prevista no ordenamento jurídico espanhol, nomeadamente no art. 217.º, n.º 4, da Ley de Enjuyciamiento Civil. Entre nós existem também algumas normas que apontam no mesmo sentido (art. 16.º, n.º 5, do Código da Publicidade, relativo à publicidade comparativa), mas, em regra, continua a caber ao autor o ónus da prova da falsidade das declarações do demandado (art. 317.º, n.º 1, art. 318.º, do Código da Propriedade Industrial, art. 10.º do Código da Publicidade); Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 313, nota 126.
40. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 313.

g) em acção de preferência legal intentada nos termos e para os efeitos contidos nos arts. 1380.º, n.º 1, do Código Civil e 18.º, n.º 1, do DL n.º 384/88, de 25/10, o ónus da prova deverá impender sobre o adquirente do prédio alienado, na medida em que, por ser um facto pessoal, este está em melhores condições processuais (prova mais fácil) de provar que é proprietário de um prédio que confina com o prédio alienado – *facto positivo e constitutivo*⁴¹; h) nas acções sobre o reconhecimento da propriedade privada sobre domínio público hídrico (art. 15.º da Lei n.º 54/2005, de 15/11) não deverá ser o interessado que pretenda obter o reconhecimento da sua propriedade sobre parcelas de leitos ou margens das águas do mar ou de quaisquer águas navegáveis ou fluviáveis a provar documentalmente a entrada no domínio privado, por título legítimo, do respectivo terreno em data anterior a 31 de Dezembro de 1864 ou a 22 de Março de 1868, tratando-se arribas alcantiladas; mas, ao invés, deverá ser o Estado-Administração, a provar que aquelas parcelas, nas datas acima referidas, não se encontravam em domínio privado, mas sim no domínio público, visto que o Estado-Administração estará muito mais próximo dos elementos probatórios que permitem atestar essa realidade fáctica através de registos cadastrais, notariais e registrais^{42/43}, sendo certo que, nos casos em que a lei garante a admissibilidade de outros meios de prova (v. g., testemunhal), essa prova volta-se em uma prova impossível na medida em que não haverá, em bom rigor, ninguém ainda vivo que possa atestar que aquelas parcelas, nas datas acima referidas, já se encontravam em domínio privado.

Relativamente ao *critério dos conhecimentos técnicos e o exercício de uma actividade enquanto profissional*, é mister afirmar-se que o outro tipo de fundamento que pode explicar a maior facilidade relativa de produzir a prova é o acesso aos conhecimentos técnicos na demonstração de algum elemento cuja prova seja rele-

-
41. É corrente afirmar-se na jurisprudência que constituem requisitos deste direito de preferência: a) que tenha sido vendido, dado em cumprimento, um prédio rústico, ou que se projecte a sua venda ou dação em cumprimento; b) que o preferente seja proprietário de prédio confinante com esse; c) que o prédio alienado ou alienando tenha área inferior à unidade de cultura; d) que o adquirente não é proprietário de nenhum prédio que confine com o prédio alienado. O adquirente deve ser onerado com o ónus da prova de demonstrar que é proprietário de um prédio confinante com o alienado, uma vez que, em harmonia com o que normalmente acontece com os factos negativos, a verificação do pressuposto de que o adquirente não é proprietário de nenhum prédio que confine com o alienado dependeria, se o ónus da alegação e da prova fosse do preferente, da verificação de que não ocorreu qualquer facto constitutivo do direito de propriedade do adquirente sobre qualquer prédio que confine com o alienado. Não é duvidoso que, estando a cargo do adquirente, a prova será muito mais fácil do que estando a cargo do preferente. É-o sobretudo porque estão em causa factos pessoais do adquirente: este está em melhores condições do que qualquer outro para os trazer ao processo; neste sentido, José Lebre de Freitas, “A propriedade de prédio confinante na norma do art. 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, *cit.*, p. 22.
42. Este caso tipológico poder-se-ia denominar de critério do monopólio ou senhorio dos meios de prova. Todavia, porque ainda não tivemos oportunidade de o densificar convenientemente (o que ficará para uma outra ocasião), não autonomizaremos, por ora, tal situação-tipo.
43. Aproximadamente neste sentido, José Miguel Júdice/José Miguel Figueiredo, *Acção de Reconhecimento da Propriedade Privada sobre Recursos Hídricos*, Coimbra, Almedina, 2.ª ed., 2016, *passim*.

vante embora o lesado beneficie de uma inversão do ónus da prova quanto à culpa do devedor (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil de 1966 e do art. 788.º, n.º 1, do Código Civil de Macau de 1999). “Este factor de facilidade probatória surge frequentemente, embora não necessariamente, associado ao exercício de uma actividade profissional, visto que sendo a partem profissional, este deverá ter um acesso mais fácil, rápido e completo aos respectivos conhecimentos técnicos e ao modo concreto de proceder nessa actividade, o que poderá colocá-lo numa posição de vantagem probatória⁴⁴, são exemplos frisantes: um electricista que seja demandado pelos danos decorrentes de um incêndio que o autor alega ser o resultado de uma má instalação eléctrica, ou um canalizador a quem sejam pedidas responsabilidades por uma inundação que o autor apresenta como sendo o resultado de uma errada reparação na canalização realizada pelo réu. Em ambos os casos, o profissional estará, em princípio, em melhores condições de demonstrar a licitude da sua acção do que o autor em provar a ilicitude da actuação da parte contrária⁴⁵; novamente recorrendo aos exemplos das obrigações de meios, onerar a agência de avaliação do risco de crédito com a prova de que não actuou com culpa nem ilicitude e de que não se verificou o nexo de causalidade adequada, em acção em que esta seja demandada pela entidade avaliada ou por terceiros destinatários dessa informação”⁴⁶.

Em sede do *critério dos conhecimentos técnicos e o exercício de uma actividade enquanto profissional*, as coisas estão um pouco mais facilitadas, quer porque a lei já prevê a inversão do ónus da prova quanto à culpa do devedor (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil de Portugal e art. 788.º, n.º 1, do Código Civil de Macau de 1999), quer porque a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo do consumidor quanto ao mau funcionamento do sistema informático de homebanking [art. 70º, do Regime dos Sistemas de Pagamento), porquanto é o prestador de serviços de homebanking quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a utilização fraudulenta do serviço de homebanking por parte de terceiros não se deveu ao mau funcionamento do sistema informático.

Esta conclusão é reforçada pela ideia de que estão em causa factos pessoais do prestador de serviços de homebanking: este está em melhores condições do que qualquer outro (incluindo o consumidor-autor) para os trazer ao processo, na medida em que são factos pertencentes à sua “esfera de risco”⁴⁷, entendido como critério

44. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 314.

45. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 314.

46. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 314.

47. Neste sentido, José Lebre de Freitas, “A propriedade de prédio confinante na norma do art. 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, cit., p. 22, nota 10.

suplementar de distribuição do ónus da prova, ou, melhor dizendo, são factos pertencentes ao “círculo de vida” em que o facto se produz^{48/49}.

A esta luz, acolhe-se a denominada teoria das esferas de risco⁵⁰, que preconiza uma ligação umbilical entre o ónus da prova e a dicotomia obrigações de meios/ obrigações de resultado⁵¹, e cuja aplicação (até agora), cingida à responsabilidade civil por acto médico, poderá ser mobilizada para o âmbito do direito processual civil de Portugal e de Macau⁵².

Relativamente ao *critério do acesso aos meios de prova*, é mister afirmar-se que o mesmo é importante na distribuição dinâmica do ónus da prova é a capacidade de as partes poderem aceder aos meios de prova relevantes para a demonstração dos factos em causa, devendo aquele ónus ser atribuído à parte que, com maior facilidade relativa, conseguir aceder a tais factos⁵³: esta questão pode levantar-se em qualquer tipo de casos, de modo que não se justifica a realização de exemplos.

Refira-se, contudo, que este constitui o único factor de dificuldade probatória que o legislador reconheceu de forma genérica e a que atribuiu um regime efectivamente dirigido à protecção da parte com maior dificuldade relativa de produzir a prova e à descoberta da verdade, que consta essencialmente dos arts. 344.º, n.º 2, do Código Civil de Portugal de 1966, 337.º, n.º 2, do Código Civil de Macau de 1999 e 417.º, n.º 2 do Código de Processo Civil (CPC) de Portugal de 2013. “Na verdade, decorre da conjugação daqueles dois preceitos legais, entre outras, a prescrição de que, caso uma parte tenha acesso exclusivo ou facilitado a um meio de prova, pode a parte contrária pedir ao juiz (ou pode este fazê-lo oficiosamente) que ordene àquela a apresentação desse meio (v. g., um documento, o fornecimento da identidade de uma testemunha, o acesso a determinado local). Caso a parte a quem a ordem se dirige se recuse a cumpri-la, existem duas consequências: primeiramente, o juiz deverá levar em conta essa recusa no âmbito da livre apreciação da prova, como um factor contributivo para a demonstração da versão do facto desfavorável à parte incumpridora (art. 417.º, n.º 2, do CPC); depois, caso o incumprimento da ordem implique a impossibilidade de a

48. Neste sentido, na doutrina alemã, Baumgärtel, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, 2014, p. 218.

49. Neste sentido, entre nós, monograficamente, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Lex, 2000, p. 134.

50. Neste sentido, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, cit., p. 137.

51. Na doutrina alemã, pioneiramente, J. Prölss, *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR, 33 (A), 1964, pp. 901-906.

52. Parecendo expressar a admissibilidade de aplicação da teoria das esferas de risco a outros âmbitos temáticos, Pedro Múrias/Maria De Lurdes Pereira, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, António Menezes Cordeiro (coord.), Coimbra, Almedina, 2012, p. 1012.

53. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 316.

parte contrária (onerada com a prova) provar a versão do facto que a favorece, então o ónus da prova é invertido, passando a ser suportado pela parte incumpridora”⁵⁴.

Como bem afirmam Jorge Morais Carvalho/Micael Teixeira, esta ideia justifica-se dado que, deste modo, se estimula a efectiva produção de prova e a procura da verdade material, onerando a parte com maior facilidade probatória, bem como se promove a igualdade material entre as partes, dando a ambas maior igualdade na possibilidade de fazerem valer a posição em juízo. Isto porque a parte com maior facilidade probatória pode efectivamente demonstrar a versão do facto que lhe aproveita e a parte contrária, apesar de ter menor facilidade em provar, pode sempre beneficiar de uma decisão de ónus da prova, caso a outra parte não consiga realizar a prova⁵⁵.

Porquanto, só desse jeito será possível, por um lado, no plano de direito substantivo, repôr a equivalência subjectiva entre a prestação e a contraprestação contratualmente fixada pelas partes^{56/57/58}, e, por outro lado, no plano de direito adjectivo, garantir a prossecução do princípio da efectividade⁵⁹, do dever de verdade processual^{60/61} e da justa composição do litígio em prazo razoável⁶², enquanto corolários dos princípios da celeridade⁶³ e da economia processuais⁶⁴.

54. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 316.

55. Jorge Morais Carvalho/Micael Teixeira, “Crédito ao consumo-ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade”, in *CDP*, n.º 42, Abril/Junho de 2013, p. 47.

56. Catarina Monteiro Pires, “A Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, vol. III, p. 669.

57. Na doutrina alemã, Claus-Willem Canaris, “Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB”, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, München, Beck, 2002, pp. 4-5.

58. Catarina Monteiro Pires, “A prestação restitutória em valor na resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2012, p. 703.

59. Miguel Mesquita, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, 3983, Novembro-Dezembro de 2013, p. 143.

60. José Luís Bonifácio Ramos, “Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, vol. III, p. 669.

61. José Luís Bonifácio Ramos, «Desígnios do “novo” Código de Processo Civil», in *O Direito*, Ano 145.º, 2013, vol. IV, p. 814.

62. Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *CDP*, n.º 43, Julho/Setembro de 2013, p. 10.

63. Isabel Alexandre, “A fase de instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 134, Ano 34, Abril-Junho de 2013, p. 21.

64. Carlos Lopes do Rego, “O Princípio do Dispositivo e os Poderes de Convolação do Juiz no Momento da Sentença”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, ob. cit., p. 833.

II. O FUNCIONAMENTO E O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA E FUTUROS CAMINHOS DE *IURE CONDENDO*: A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA GESTÃO PROCESSUAL (ART. 6.º, N.º 1) NO NOVO CPC DE 2013

Esclarecido o fundamento teleológico em que repousa a doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova⁶⁵, é necessário concretizar quer a forma de funcionamento deste critério-reitor, bem como o seu âmbito de aplicação.

Conforme acima se deixou antecipado, e revertendo a nossa atenção para a concretização do *funcionamento da teoria da doutrina dinâmica do ónus da prova*, esta consiste em atribuir o ónus da prova à parte que pode produzir a prova dos factos que lhe aproveita com maior facilidade relativa.

A *ratio* dessa facilidade probatória radica não só na vantagem de onerar a parte para quem a prova é de produção mais fácil (isonomia processual), mas, e sobretudo, porque a oneração dessa parte com maior facilidade probatória fomenta, do mesmo passo, a efectiva produção de prova (verdade aproximativa de índole material) como densifica, natural e necessariamente, os cânones de um processo materialmente justo e equitativo [arts. 20.º, n.os 1 e 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), 6.º, § 1.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau].

A forma de aferição dessa facilidade probatória terá de ser realizada *ex ante*, ou seja, é essencial que se determine qual a parte que, anteriormente ao processo, nomeadamente aquando e após a ocorrência dos factos, se encontrava em melhores condições relativas de vir a efectuar a prova, em função dos critérios concretizadores acima identificados, independentemente de essa parte ter aproveitado a sua posição de vantagem probatória para poder efectivamente, no *momento da produção de prova*, encontrar-se em melhores condições para provar a versão que lhe é favorável⁶⁶.

Concretizando: o modo de funcionamento da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova tem como polo irradiador não só considerações de natureza processual (isonomia processual, em função do rito da produção de prova), como considerações de natureza material, uma vez que a distribuição mais equilibrada do ónus da prova, em função da possibilidade concreta de produzir mais facilmente aquela prova, propicia a verdade material, e, por aí, ocasiona a emergência de um processo civil que se polariza na existência de decisões materialmente mais justas e equitativas.

65. A teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova tem sido encarada com alguma desconfiança por parte da doutrina portuguesa; desconfiança, essa, que, porém, não tem sido fundada em argumentos jurídicos sólidos; ver, por todos, MARIA GABRIELA A. L. DA CUNHA RODRIGUES, “Poderes de iniciativa do Juiz em Processo Civil e Ónus da Prova”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (RCEJ), 2016-I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 58-62.

66. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, cit., p. 323.

No que tange ao âmbito de aplicação da teoria da doutrina dinâmica do ónus da prova, o seu campo de actuação processual polariza-se no universo da dúvida subjectiva, que se contrapõe à dúvida objectiva⁶⁷.

A dúvida subjectiva, por seu turno, ocorre em função da multitude de contingências processuais que, em cada caso, se fazem sentir.

Consiste, portanto, na dúvida que poderia, em abstracto, ser evitada, mas que se verifica porque as partes (ou o juiz) não aproveitaram devidamente as possibilidades de produção de prova, seja porque não apresentaram as provas de que dispunham ou porque não conservaram ou reuniram as provas quando tiveram oportunidade de o fazer. Assim, “caso a dúvida em causa seja subjectiva, estaremos perante uma situação em que a prova poderá ser efectuada, pelo que será útil e vantajoso incentivar as partes a conservá-la e produzi-la. E, sendo a prova possível, será muito provável (embora seja também possível que tal não aconteça) que uma das partes tenha maior facilidade em produzi-la do que a outra, sendo igualmente útil e vantajoso que se estimule essa parte a produzir a prova. É, portanto, neste âmbito – da dúvida subjectiva – que a distribuição dinâmica do ónus da prova deverá ser aplicável”^{68/69}.

67. Efectivamente, pode acontecer que a dúvida se apresente, no processo, como uma certeza, no sentido em que se demonstra que é impossível, em função do “estado actual dos conhecimentos”, determinar a ocorrência de certo facto, ou mesmo que as partes acordem nessa impossibilidade. Trata-se de um tipo de dúvida mais raro, que se poderá verificar, por exemplo, a propósito da demonstração do nexu de causalidade naturalístico, nos casos em que a prova desse elemento se afigure especialmente difícil. Nisto consiste a dúvida objectiva. Neste sentido, Pedro Múrias, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova, cit.*, pp. 31-33. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cit.*, p. 324; na jurisprudência, Acórdão do STJ de 13/3/2007, relatado pelo Conselheiro Nuno Cameira, disponível em www.dgsi.pt.

68. Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, cit.*, p. 324.

69. Refira-se que a doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova tem recebido assinalável acolhimento na Argentina, berço da mesma, mesmo em face da falta de consagração legal desta doutrina, à semelhança do que sucede, de resto, em Portugal. Com efeito, de acordo com Inés White, no aresto da Corte Suprema de Justicia de la Nación, datado de 21 de Junho de 1957, relativo a um caso de enriquecimento ilícito de funcionários, é expressamente mencionado que é o funcionário quem se encontra em melhores condições de provar que o seu enriquecimento é lícito (trata-se de um exemplo que integraríamos na classe dos casos em que a distribuição dinâmica se justificaria pela proximidade e controlo do facto) relativamente à situação do Estado, que teria maiores dificuldades em provar que o enriquecimento do primeiro é ilícito. Importa salientar que a falta de consagração legal desta teoria nunca se apresentou como um impedimento para a sua aplicação, mesmo em face da existência de uma previsão legal idêntica à do art. 342.º, do Código Civil de 1966 e ao art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999 (art. 377.º, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil e Comercial Argentino). De facto, a jurisprudência e a doutrina têm-se baseado, em relação a este aspecto, na circunstância da lei não ser a única fonte de Direito, na necessidade de assegurar um processo justo e equitativo, na procura da verdade material, na proibição do abuso dos direitos processuais, entre outras justificações para defender um critério de distribuição do ónus da prova distinto daquele que a lei processual prevê. Refira-se, contudo, que a consagração legal da distribuição dinâmica do ónus da prova tem sido incentivada neste país, chegando mesmo a constar de algumas propostas legislativas, nomeadamente no art. 361.º, § 3, do Anteprojecto do Código de Processo

Civil e Comercial da Cidade Autónoma de Buenos Aires; Micael Teixeira, *Por uma Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, cit., p. 324; neste sentido, na doutrina argentina, Beatriz Ruzafa, *Las Cargas Probatorias*, Buenos Aires, 2012, pp. 374 e segs.; Carlos Carbone, *Cargas Probatorias*, Buenos Aires, (2013), pp. 206 e segs.; Jorge Peyrano, *La Doctrina*, Buenos Aires, 2011, pp. 88-90. Do outro lado do Atlântico, no Brasil, o texto do anterior ordenamento processual civil remonta ao ano de 1973, e, embora tenha comportado diversas reformas, nunca houve discussão tão acerba sobre a necessidade de alteração das regras do ónus da prova como a que se gerou em torno do Projecto de Lei n.º 8.046/2010, em apreciação na Câmara dos Deputados, e que deu origem ao novo Código de Processo Civil do Brasil de 2015. No texto proposto em 2010 ao Senado Federal, aprovado e encaminhado no mesmo ano para a Câmara dos Deputados do Brasil, os deputados propuseram a adopção da *forma híbrida do ónus da prova*, que versava assim: art. 357.º, “O ónus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”; art. 358.º, “Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do facto a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ónus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”. A referida proposta de alteração legislativa, em matéria de direito probatório material, caracterizava-se pela mistura do ónus estático, dinâmico e inversão do ónus da prova. Com efeito, ergue o ónus estático como regra, de modo a tutelar a “segurança jurídica”, porém, confere ao juiz a possibilidade legal de, com base em considerações de justiça material, distribuir de modo diverso, mediante despacho devidamente fundamentado, o ónus (anteriormente) estático da prova e atribuí-lo à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. Este Projecto de Lei foi alvo de duras (e nem sempre serenas) críticas por parte de um sector autorizado da doutrina brasileira. Com efeito, em apertadíssima síntese, a referida doutrina aduziu que a proposta legislativa estava eivada de “impropriedades”, avançando como argumento decisivo para a sua antítese o facto de a técnica legislativa misturar o ónus estático, dinâmico e inversão do ónus da prova. Ora, refere a dita doutrina, que a inversão do ónus da prova é uma excepção à regra da distribuição estática do ónus da prova; sendo certo que a distribuição dinâmica do ónus da prova também se traduz numa “excepção geral”. Por conseguinte, o juiz teria acentuadas dificuldades em definir qual o modelo principal e qual o modelo subsidiário (se o da inversão do ónus da prova; se a distribuição dinâmica do ónus da prova), e, principalmente, em congruar ambos os modelos de distribuição do ónus da prova; ver, com mais detença, na doutrina brasileira, Eduardo Henrique de Oliveira Yoskikawa, “Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova”, in *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 205, Março de 2012, pp. 134-149; Marcelo Pacheco Machado, “Ónus estático, ónus dinâmico e inversão do ónus da prova”, in *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 208, Junho de 2012, *passim*; João Batista Lopes, “Ónus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 204, Fevereiro de 2012, pp. 231-242. O legislador brasileiro, aparentemente sensibilizado pelo ror de críticas desferidas pela doutrina, alterou a proposta legislativa, e apresentou, em Novembro de 2013, um outro texto legislativo, expurgado das soluções normativas mais polémicas, aditando, para o efeito, o art. 380.º, que versa assim: “O ónus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao facto constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, § 1.º “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do facto contrário, poderá o juiz atribuir o ónus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ónus que lhe foi atribuído. § 2.º A decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Embora tenha mantido a forma híbrida (desta vez: estática como regra e inversão do ónus da prova como excepção – também neste sentido, Carolina Cristina Miotto, “*Ônus probandi*: uma breve análise da distribuição estática e dinâmica do ónus da prova e a incidência nos

Por conseguinte, a aplicação, *in vivo*, da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova possibilita, como se disse, a existência de decisões processual e materialmente justas e equitativas.

Para alcançar tal fim, o juiz tem de ter o domínio de facto do processo, e do conglomerado juridicamente relevante que lhe subjaz, logo na fase embrionária do mesmo.

Porquanto, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova implica, natural e necessariamente, um domínio precoce do processo e do seu desenho factual juridicamente relevante; atenta, desde logo, a necessidade de o juiz avaliar qual das partes processuais – quando e se a distribuição dinâmica do ónus da prova se aplique – está em melhores condições probatórias de produzir aquela prova.

Vale dizer: a expressa – e futura – previsão legal da distribuição dinâmica do ónus da prova no direito probatório material de Portugal e de Macau requererá ao juiz, como se disse, um esforço adicional de conhecimento atempado e precoce do

sistemas processuais civis português e brasileiro”, in *Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Setembro/Dezembro de 2014, Tomo LXIII, n.º 336, 2015, pp. 509-530), o legislador brasileiro deixou cair, pelo menos aparentemente, a dinamização do ónus da prova, e consagrou, sim, uma flexibilização da distribuição estática do ónus da prova de uma forma mais alargada. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, especialmente em casos de direito do trabalho, tem aplicado, de uma forma mais ou menos pacífica, a teoria da distribuição do ónus da prova; constituindo exemplo paradigmático o Acórdão REsp 1286704/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ, de 28/10/2013, que reza assim: “embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, segundo a qual esse ónus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fácticas de cada caso”. De resto, o novo Código de Processo Civil do Brasil de 2015, apesar do tropel de acerbas críticas acima elencadas, consagra expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova no art. 373.º, § 1. Por fim, em Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* conta desde a sua mais recente revisão com um preceito que canoniza – ainda que de forma mitigada – a frisada teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. Por um lado, o art. 217.º, nos seus n.os 1, 2 e 3, distribui em conformidade com a função desempenhada pelos factos no processo, e à semelhança do previsto nos arts. 342.º e 343.º do Código Civil de 1966 e do art. 335.º, n.os 1 e 2, do Código Civil de Macau, os respectivos ónus probatórios (teoria das normas e distribuição estática do ónus da prova). Por seu turno, os n.os 4 e 5 do art.º 217.º estabelecem critérios especiais de distribuição do ónus da prova, respectivamente, nos processos em que se alega a concorrência desleal, a publicidade ilícita e a discriminação em função do sexo. Nestes casos concretos, o legislador, reconhecendo de modo prévio a alta dificuldade ou mesmo a impossibilidade de prova pela parte que é onerada com aquela demonstração, atribui – contrariamente ao que decorreria da aplicação do *critério geral* – o ónus da prova ao demandado. Finalmente, o n.º 7 do art. 217.º estabelece que, para aplicação das regras contidas nos números anteriores do artigo, o tribunal deverá ter em conta a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes no litígio, querendo significar que, casuisticamente, o tribunal poderá corrigir a distribuição antes efectuada pela lei quando e se, em concreto, isso se justificar, atendendo à inerente e natural dificuldade probatória de determinado facto ou à dificuldade concreta que um dado sujeito tem de demonstrar determinada realidade; neste sentido, Elizabeth Fernandez, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, p. 830.

processo, reportado a um momento muito anterior à realização da audiência final e, por conseguinte, à prolação da sentença: essa é, também, no essencial, a *ratio legis* imanente ao princípio da gestão processual que perpassa o Código de Processo Civil de Portugal de 2013.

Com efeito, em face da reforma do Código de Processo Civil, realizada pela Lei n.º 41/2013, de 26/6, o legislador português, seguindo a tradição processualística do modelo anglo-saxónico, introduziu um mecanismo processual que possibilita o contacto precoce do juiz com o processo, denominado, justamente, de gestão processual (art. 6.º, n.º 1).

Por conseguinte, a – futura e desejável – consagração legal da distribuição dinâmica do ónus da prova poderá ser cruzada com o *princípio da gestão processual*, uma vez que, à semelhança desta, polariza-se, ponderadas as particularidades do caso concreto, na prossecução de uma justa composição do litígio em prazo razoável.

Porquanto, à luz do princípio da gestão processual o juiz tem o dever de dirigir activamente o processo e de diligenciar pelo seu andamento célere, promovendo, para o efeito, uma multitude de diligências que se polarizam no prosseguimento, sem escolhos, da acção judicial.

Para alcançar esse fim, o juiz direccionará a actividade jurisdicional para o indeferimento de actos processuais manifestamente dilatatórios ou impertinentes, bem como para a adopção, exercido o legalmente competente direito ao contraditório, de mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável.

Não é difícil captar o étimo fundante do princípio da gestão processual.

Com efeito, a atribuição ao juiz de poderes de gestão processual quadra-se com a tendência (internacional) para substituir um processo rígido e eminentemente ritualístico por um processo ágil, simplificado (o que não significa que se prescindia de um mínimo de formalismo processual) e, essencialmente, adaptável ao caso concreto.

Na ordem jurídica de matriz anglo-saxónica, a gestão processual tem como equivalente funcional o *case management* (Rule 1.4., 3.1., 29.2 das Civil Procedure Rules)^{70/71}.

70. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, Julho-Setembro 2013, Cejur, Braga, p. 10, que seguiremos de muito perto; na doutrina anglo-saxónica, Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008, pp. 48 e segs.

71. Sobre o *case management*, na doutrina inglesa, Neil Andrews, “A new civil procedural code for England: party control going, going, gone”, in *Civil Justice Quarterly*, 2000, January Issue, pp. 1-5.

A gestão processual visa diminuir os custos, o tempo e a complexidade do procedimento⁷². A gestão processual pressupõe um juiz empenhado na resolução célere e justa da causa e traduz-se num aspecto substancial⁷³ – a condução do processo – e num aspecto instrumental – a adequação formal (art. 547.º do CPC de Portugal). Assim, o dever de gestão processual procura ajudar a solucionar a “equação processual”: uma decisão justa do processo com os menores custos, a maior celeridade e menor complexidade que forem possíveis no caso concreto⁷⁴.

Quanto ao aspecto substancial do princípio da gestão processual, é possível avançar os seguintes exemplos: “i) promover as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusar o que for impertinente ou dilatatório (art. 6.º, n.º 1), falando-se, a este propósito, num “poder de direcção do processo”⁷⁵ ou num “poder

-
72. A Justiça tem um cariz de serviço público e, nesta medida, tem de ser, ao menos em parte, e sem que se ceda a tentações de um economicismo tutelar de (estranho) sabor posneriano, guiada por considerações de eficácia, eficiência e contenção de custos; neste sentido, na doutrina francesa, E. Severin, “Comment l’esprit du management est venu à l’administration de la justice”, in *La Nouveau Management de la Justice et l’indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011, p. 54.
73. A doutrina alemã faz a destriça terminológica entre gestão formal (*formeller Verfahrensleitung*) e a gestão material (*materieller Verfahrensleitung*), Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, C. H. Beck, 2010, p. 408-410.
74. Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *CDP, cit.*, p. 10, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente; na doutrina anglo-saxónica, Zuckerman, *Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, pp. 147-151.
75. Um sector da doutrina espanhola, mais relutante em relação à intervenção activa e gestora do juiz, e, portanto, simpatizante de um modelo liberal de processo civil, em que impera a dialéctica processual, e, por conseguinte, a maior ou menor habilidade processual das partes, admite, ainda assim, um mitigado poder-dever de direcção formal do processo; neste sentido, Montero Aroca, “Il processo civile come strumento di giustizia autoritaria”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2004, pp. 562-568; a doutrina brasileira, em sentido oposto, enfatizando que o aumento dos poderes do magistrado, no que concerne à gestão processual e à direcção activa do processo, corre na direcção do reforço das garantias processuais das partes e de um processo justo, cfr. Máira Galindo, *Processo Cooperativo*, Curitiba, Juruá Editora, 2015, pp. 73-86. A doutrina alemã refere, a este propósito, que “a instância processual é um *relação jurídica complexa de direito público de natureza processual, i.e.*, pautada pelas normas processuais e instrumentais do processo civil, entre o tribunal e cada uma das partes e entre estas, concretizada em actos processuais. Assim, cada processo é uma relação jurídica, ou seja, uma relação regulada juridicamente entre os sujeitos processuais – a *relação jurídica processual*. A posição maioritária é a de que estamos perante uma “*relação tripartida entre tribunal e partes*” no sentido de *relação complexa* entre o Estado, por meio do tribunal, com as partes e entre estas ou “*relação triangular*”, dado que liga o tribunal com cada uma das partes e cada uma destas partes entre si”. Acompanhamos autorizada doutrina portuguesa quando afirma que “o processo é um *facto jurídico* pertencente à categoria do *acto-procedimento estruturando-se de modo complexo* – não necessariamente qualificável nos termos de uma mera *relação jurídica* – e de modo *dinâmico* ou *diacrónico, i.e.*, cujo conteúdo e partes processuais mudam ao longo do decurso temporal do processo. Parece daqui resultar que “o direito de acção desdobra-se em dois planos: de cada parte perante o tribunal e de cada parte perante a contraparte. No plano do confronto de cada parte com o tribunal – *plano vertical* – seguimos o posicionamento doutrinal de PAULA COSTA E SILVA no sentido de que “o processo

de correcção do processo”⁷⁶; *ii*) promover oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanação, determinando a realização de actos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de acto que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo (art. 6.º, n.º 2); *iii*) a programação, após a audição dos mandatários, dos actos a realizar na audiência final, estabelecendo o número de sessões e a sua possível duração e designando as respectivas datas [art. 591.º, n.º 1, alínea *g*)]⁷⁷; cabe ainda nos poderes de direcção do tribunal, a opção do juiz: *iv*) por uma perícia colegial [art. 468.º, n.º 1, alínea *a*)]; *v*) o proferimento por escrito do despacho saneador (art. 595.º, n.º 2); *vi*) o conhecimento do incidente de falta de autenticidade do documento (art. 450.º, n.º 2); *vii*) a remessa do processo para a mediação, sempre que nenhuma das partes a tal se oponha (art. 273.º, n.º 1); *viii*) a realização de uma tentativa de conciliação entre as partes em qualquer estado do processo (art. 594.º, n.º 1)⁷⁸.

Quanto ao aspecto instrumental do princípio da gestão processual, o seu núcleo irradiador é perpassado pela ideia de que o dever de condução do processo atribuído ao juiz um poder-dever de simplificar e de agilizar o processo, isto é, um poder-dever

*determina a constituição de duas relações, estabelecendo-se cada uma delas entre cada uma das partes e o tribunal”; no plano horizontal, o “direito de acção, observado na perspectiva da parte contrária, pode ser qualificado como um direito potestativo ao qual se contraporá o estado de sujeição do demandado”, o que “permite ordenar as partes em relação”. “A relação processual, assim caracterizada, corporiza-se em actos processuais – o seu objecto imediato – organizados de modo constitucionalmente conforme tanto para cumprimento do direito à tutela jurisdicional efectiva, como das garantias do processo equitativo e das garantias constitucionais gerais – igualdade, contraditório, direito à prova, juiz. No caso das acções declarativas, a instância processual implica momentos específicos de contraditório, instrução, julgamento e decisão com valor de caso julgado material, compondo um certo um certo procedimento-padrão de actos processuais concretizador da garantia do processo equitativo do artigo 20.º, n.º 4, da CRP (=equivalente ao art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)”; seguimos de muito perto, mesmo textualmente, na doutrina alemã, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, Beck, 16. Auflage, 2008, pp. 11 e ss; na doutrina italiana, TROCKER, “Il nuovo articolo della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali”, in: *RTDPC*, 55/2, 2001, pp. 388 e ss; na doutrina portuguesa, CARLOS LOPES DO REGO, “Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil”, in: *Estudos em Homenagem a Cardoso da Costa*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 838-848; PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo: o Dogma da Irrelevância da Vontade e nos Vícios do Acto Postulativo*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 168 e ss; RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, Volume I, Artigos 1.º a 545.º, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 8 e ss.*

76. Expressões colhidas na doutrina alemã, Henke, *JZ*, 2005, pp. 1024-1029; com diferenças terminológicas, Stürner, *Festschrift für Walter Gerhard*, Köln, 2004, pp. 954-969.
77. Que apresenta iniludíveis semelhanças com um outro instituto jurídico de direito comparado, mormente do direito francês, na circunstância com os *contrats de procédure* (art. 764.º, § 3, do Nouveau Code de Procédure Civile); ver, com interesse, na doutrina francesa, Cadiet, “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisations du règlement des litiges”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 62, Número Extraordinario, 3, 2008, pp. 15-27.
78. Exemplos colhidos em Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 11.

de modificar a tramitação processual ou os actos processuais – *case management* –, de modo a promover um andamento célere do processo.

“A simplificação implica uma tramitação menos pesada do que aquela que consta da lei; a agilização, por seu turno, envolve uma forma mais fácil de atingir a justa composição do litígio: nuns casos, a agilização pode traduzir-se numa simplificação da tramitação, mas, noutros, a agilização pode envolver a prática de actos não previstos na lei. A título de exemplos do carácter instrumental da gestão processual, temos: *i*) a adequação da tramitação processual quando as testemunhas são inquiridas pelo juiz (art. 40.º, n.º 3); *ii*) a determinação pelo juiz da submissão da petição inicial a despacho liminar (art. 590.º, n.º 1); *iii*) a junção de documentos com vista a permitir a apreciação de excepções dilatórias ou do mérito da causa [art. 590.º, n.º 2, alínea *c*)]; *iv*) nos arts. 37.º, n.º 4, e 266.º, n.º 5, encontra-se uma forma radical de agilização processual: é com base nesta agilização que se permite que o juiz determine a separação de várias causas que se encontram reunidas num único processo”⁷⁹.

Para obter a simplificação ou a agilização, o juiz dispõe do poder de adequação formal. O juiz deve adoptar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo (art. 547.º)⁸⁰. Portanto, o juiz pode alterar a tramitação legal da causa – tanto prescindindo da realização de certos actos impostos pela lei, como impondo a prática de actos nela não previstos – e pode ainda modificar o conteúdo e a forma dos actos processuais⁸¹: neste âmbito, a adequação formal é a expressão prática da pura gestão processual⁸².

79. Exemplos colhidos em Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 11.

80. “A tramitação do processo declarativo comum comporta, depois da fase dos articulados, uma fase de gestão processual. Nesta encontra-se regulada quer uma gestão inicial – destinada, designadamente, a providenciar pelo suprimento das excepções dilatórias [art. 590.º, n.º 2, alínea *a*] e a controlar os articulados das partes [art. 590.º, n.os 1, 2, alínea *b*), 3 e 4] – quer uma gestão subsequente – respeitante, nomeadamente, à dispensa da audiência prévia (art. 593.º, n.º 1), à escolha de uma ou várias opções nas acções de valor não superior a metade da alçada da Relação (art. 597.º) e à programação da audiência final (art. 591.º, n.º 1, alínea *g*)). A adequação formal, enquanto acto de gestão processual, pode ser ordenada pelo juiz a qualquer momento da tramitação da causa, mas ela é normalmente determinada na fase de gestão processual. Na verdade, a adequação formal pode ser decidida quer na audiência prévia [art. 591.º, n.º 1, alínea *e*)], quer no despacho que substitui essa audiência [arts. 593.º, n.º 2, alínea *b*), e 597.º, alínea *d*)]. Nesta última hipótese, há que entender, nomeadamente pela remissão daqueles preceitos para o n.º 1 do art. 6.º, que a agilização processual não é válida sem a prévia audição das partes”; neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 13.

81. Miguel Teixeira de Sousa, “Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, *cit.*, p. 12.

82. Neste sentido, na doutrina italiana, Marco de Cristofaro, “*Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 2010, p. 283.

Revertendo à temática que nos interpela – a distribuição dinâmica do ónus da prova e a necessidade imperiosa de prolação de decisões material e equitativamente justas –, importa perguntar qual é o momento processualmente mais adequado para o juiz exercer esses poderes de gestão processual, principalmente no que respeita à comunicação às partes processuais da distribuição do ónus da prova mais adequado ao caso concreto.

Em face da reforma do Código de Processo Civil de Portugal de 2013, que obriga o juiz a ter um domínio precoce e atempado do processo e dos contornos jurídico-factuais que o compõem, por força, desde logo, do princípio da gestão processual, esse momento processual deverá ser a audiência prévia.

Com efeito, a fase da audiência prévia, regulada no art. 591.º é crucial para o juiz gerir, da melhor maneira possível, os factos relevantes do processo. Note-se que o juiz aparece, na audiência prévia, num primeiro plano, tal como na fase inglesa ou norte-americana do *pretrial*, abrindo caminho para o diálogo com os advogados, questionando se existe acordo ou se é possível esclarecer certo ponto mais obscuro, determinando, também, a matéria que necessita de ser provada. O trabalho de filtração, levado a cabo na audiência prévia, reveste-se de grande importância, pois abre caminho para uma audiência final mais pacífica ou, se quisermos, mais previsível. Na verdade, de todos os actos de gestão processual, importa realçar o resultante da alínea c) do n.º 1 do art. 591.º: desprovido de questionário, torna-se crucial que a gestão processual passe pela clara identificação do objecto do litígio e pela enunciação das grandes questões essenciais que integram os temas da prova. É fundamental que, através do diálogo, seja delimitada a matéria controvertida do processo, ficando cada advogado ciente dos factos que tem de provar (e, logo, dos factos que não tem de provar). Assim, exemplificando, numa acção fundada em acidente de viação, o juiz identifica, como temas da prova, os danos sofridos por um dos veículos e a respectiva quantificação, os prejuízos decorrentes da privação do uso, os gastos em que a autora incorreu em virtude do acidente, as lesões corporais e as dores sofridas pela autora, bem longe do antigo questionário eivado de questões sobre factos muito concretos. Parece-nos aceitável e útil, na linha do *case management* inglês, que o juiz, após identificar os grandes temas controvertidos, alerte os advogados para a distribuição do ónus da prova que lhe pareça mais adequada ao caso⁸³.

É aqui que faz sentido falar-se na divisão tripartida gestão processual (art. 6.º, n.º 1), audiência prévia (art. 591.º) e a distribuição dinâmica do ónus da prova.

Com efeito, como acima se deixou antevisto, a reforma do Código de Processo Civil de 2013 atribuiu ao juiz um conjunto de poderes-deveres, quer de índole material quer de índole processual.

83. Neste preciso sentido, que seguimos textualmente, Miguel Mesquita, «O Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Código de Processo Civil?», in *RLJ*, ano 145.º, n.º 3995, Novembro-Dezembro de 2015, p. 96.

Essa plêiade de poderes funcionais conferidos ao juiz, colima-se, por um lado, do ponto de vista adjetivo, ao andamento célere – e sem escolhos – do processo, e, por outro lado, do ponto de vista substancial, à justa composição do litígio num prazo razoável (art. 6.º, n.º 1).

Deste modo, o princípio da gestão processual, sendo um equivalente funcional do *case management* inglês e norte-americano, comporta no seu âmbito teleológico um conjunto de possibilidades (desenhadas ou não no figurino legal) que permitem alcançar esse fim, pelo que deve o juiz, na audiência prévia, após a audição das partes processuais (art. 6.º, n.º 1, do CPC), alertá-las para a distribuição dinâmica do ónus da prova que lhe pareça mais adequada e equilibrada, em função das particularidades do caso concreto, sob pena de nulidade processual inominada (art. 195.º, n.º 1).

Por conseguinte, no caso concreto da distribuição dinâmica do ónus da prova, a gestão processual assume uma feição marcadamente material ou de mérito⁸⁴, na medida em que o juiz, na audiência prévia, já no domínio de todos os contornos juridicamente relevantes do processo, identifica o objecto do litígio, enumera as grandes questões essenciais que integram os temas da prova e, seguidamente, comunica às partes a distribuição do ónus da prova que, em face do desenho factual do processo, lhe pareça não só mais adequada mas, essencialmente, mais equilibrada do ponto de vista da facilidade probatória em que uma das partes tem de produzir aquela prova.

Por conseguinte, como acima se apontou, tanto ali – no domínio da aplicabilidade, ao caso concreto, da distribuição dinâmica do ónus da prova – como aqui – no domínio da gestão processual e, *ergo*, da audiência prévia –, exige-se ao juiz, por um lado, a adaptação do processo às particularidades do caso concreto, e, por outro lado, porque assim é, um domínio do processo reportado a um momento processual muito anterior à audiência final; e, logo, ali como aqui, verifica-se a mesma *ratio legis*⁸⁵ que presidiu à reforma do Código de Processo Civil de 2013: a justa composição do litígio em prazo razoável, com base num processo civil voltado para a materialidade subjacente e não para o formalismo bacoco e estéril, e cuja suficiência processual e material densifica, a todas as luzes, o *direito a uma tutela jurisdicional efectiva e*

84. No mesmo sentido, Miguel Mesquita, «O Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Código de Processo Civil», *cit.*, p. 94.

85. Neste sentido, sobre a *analogia legis*, José Pinto Bronze, “A analogia como link noético e bypass noemático entre a igualdade e metodonomia”, in *RLJ*, Ano 142, n.º 3979, Março-Abril de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 231 e segs; na doutrina alemã, JAN SCHRÖDER, “Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der früherer Neuzeit”, in: *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte*, 114. B. (Germ. Abt.), 1997, 1- 55; JOSÉ PINTO BRONZE, “O problema da analogia juris, algumas notas”, in *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 276-279; CASTANHEIRA NEVES, “O actual problema metodológico da interpretação jurídica”, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 266.

diferenciada^{86/87} (arts. 20.º, n.os 1 e 4, e 268.º, n.º 4, da CRP e art. 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau).

Pensamos que se vislumbra, nesta sede, um afloramento da *Prozesswirtschaftlichkeit* (eficiência do processo) do ponto de vista da *tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*⁸⁸, de que insistentemente fala o Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.), e à qual o legislador de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau devem prestar a devida atenção em futuras reformas legislativas.

-
86. Sobre a tutela jurisdicional diferenciada, que radica na garantia constitucional do processo equitativo estabelecida no n.º 4 do art. 20.º da CRP, e que permite que a uma “diversidade de direitos” corresponda uma “diversidade de remédios jurisdicionais”; neste sentido, Rui Pinto, “Urgência procedimental e o direito à tutela jurisdicional efectiva no art. 382.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 9/2009, de 31.3.2009, Agravo Alargado 4716/17”, in *CDP*, n.º 31, Julho/Setembro de 2010, p. 50. Na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, entre muitas outras decisões, *Frydender/France* (27/6/2000); *Delgado/França* (14/9/2000). Referindo-se ao “princípio geral do *alterum non laedere*: o dever que todo o sujeito da ordem jurídica tem de abstenção de actuação adequada à lesão de qualquer direito alheio”, monograficamente, Rui Pinto, *A questão de mérito na tutela cautelar. A obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 433 e segs.
87. Sobre esta questão, no cruzamento reflexivo com a “diversidade de remédios jurisdicionais”, na doutrina italiana, Proto Pizani, *Lezione di diritto processuale civile*, 8.ª ed., Napoli, Jovene, 2014, p. 50.
88. Neste sentido, ainda que noutro âmbito temático que não o que nos movemos, Acórdão do Supremo Tribunal Federal Alemão (B.G.H.), de 13/12/2011, disponível em <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=58766&pos=2&anz=648>; no mesmo sentido, Urteile vom 29. Juni 1955 - IV ZR 55/55, BGHZ 18, 59, 60 und vom 18. März 2003 - XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920; Beschlüsse vom 13. Januar 2000 - IX ZB 3/99, juris Rn. 29, vom 7. Mai 2007 - VI ZR 233/05, NJW 2007, 3429 Rn. 13, vom 27. April 2010 - XI ZR 154/09, juris und vom 6. Oktober 2011 - IX ZB 148/11, WM 2011, 2158 Rn. 7).

