

**A inversão do ónus da prova devido a
impossibilidade de prova culposamente causada
(art.344º/2 CC)**

Nuno Alexandre do Rosário Jerónimo Pires Salpico¹

¹ Licenciado em Direito e assistente convidado em Ciências Jurídico-económicas pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica na especialidade de Direito Civil. Counsel na Sousa Ferro & Associados.

A presente investigação tem por base o relatório de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica apresentado na disciplina de Processo Civil I, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo

O presente trabalho tem como o objeto a inversão do ónus da prova quando a parte não onerada (contraparte) causa a impossibilidade de prova à parte onerada (artigo 344º/2 Código Civil), procurando ordenar e explicitar a origem e o fundamento do regime, e quais os seus pressupostos, que entendemos ser a ilicitude, a culpa, a impossibilidade e o nexo de causalidade. Através desta análise defende-se a existência de um dever de conservação dos meios de prova, mesmo antes do início de qualquer processo. Por outro lado, também se propõe uma distinção entre o conceito de impossibilidade de prova e o de dificuldade de prova, a propósito da aplicação do artigo 344º/2 do Código Civil, estando também relacionada a conjugação com o artigo 417º/2 do Código de Processo Civil. Relativamente à culpa, enuncia-se a clássica questão sobre se compõe pelo dolo ou se inicia com a negligência

Além dos problemas gerais dos pressupostos, procurámos identificar casos práticos problemáticos, pense-se no caso de a impossibilidade de prova ser causada por um terceiro e não pela contraparte. Neste quadro, pondera-se se o ónus da prova ainda se pode inverter, ou, se é possível demandar o terceiro, por exemplo, pelo chamado dano de perda de chance.

Abstract

The present work deals with the reverse legal burden rule applicable when the party without the burden of proof (the counterparty) causes an impossibility of proof to the party holder of the burden of proof (article 344^o/2 of the portuguese Civil Code). We seek to do an explanation of the origin, reason, and what are requirements of application of this regime, which we understand to be unlawfulness, guilt, impossibility and the casual link. This analysis leads us to defend that there is a duty to preserve the evidence even before litigation. On the other hand, we propose a distinction between the concept of impossibility of proof and difficulty of proof, in relation to the application of Article 344^o/2 of the portuguese Civil Code, and also discuss the conjunction with article 417^o/2 of the Portuguese Code of Civil Procedure Civil Code. About the guilt, we discuss the classic question of whether it implies intent or negligence alone.

Beside the general problems of requirements, we have sought to identify problematic situations, such as the impossibility of proof being caused by a third party and not by the counterparty. In this context, it is considered whether the burden of proof can still be reversed, or, if it is possible to demand the third party, for example, the so-called loss of chance damage.

Palavras-chave

Inversão do ónus da prova; dever de conservação de prova; impossibilidade de prova; dificuldade de prova; artigo 344º nº2 do Código Civil; perda de chance

Keywords

Reverse legal burden; duty to preserve evidence; impossible proof; proof difficulty; article 344º nº2 of the Portuguese Civil Code; loss of chance

Abreviaturas

Art./arts.- artigo/artigos

BGB- Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

CC- Código Civil

CCom- Código Comercial

Cfr- Conforme

CIRC- Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas

CIRS- Código de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

CIVA- Código de Imposto sobre o Valor Acrescentado

CPA- Código do Procedimento Administrativo

CPC- Código de Processo Civil

CRP- Constituição da República Portuguesa

CSC- Código das Sociedades Comerciais

CVM- Código dos Valores Mobiliários

DL- Decreto-lei

LUC- Lei uniforme relativa aos cheques

RG- Tribunal da Relação de Guimarães

RL- Tribunal da Relação de Lisboa

STA- Supremo Tribunal Administrativo

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

ZPO- Zivilprozessordnung (Lei processual civil alemã)

PLANO DE TRABALHO

Introdução

Razão de ordem

Delimitação

Sequência

1. *Generalidades*

1.1. *Ónus da prova*

1.2. *A inversão do ónus da prova por impossibilidade culposamente causada pela contraparte*

1.3. *Admissibilidade de contratos probatórios no âmbito do art.344º/2?*

1.4. *Princípios aplicáveis*

2. *Fundamento do art.344º/2 CC*

3. *Ónus da prova para aplicação do art.344º/2 CC*

4. *Imputação à contraparte*

4.1. *Conduta Ilícita*

4.1.1. Plano processual, dever ou ónus de colaboração?

4.1.2. Plano substantivo, dever ou ónus de conservação de meios de prova?

4.1.2.1. Ilicitude não resultante da violação do dever de conservação da prova

4.2. *Conduta Culposa*

4.2.1. Culpa da contraparte

4.2.2. Culpa da contraparte pela atuação de terceiro?

4.2.2.1. Perda de chance

4.2.3. O ónus de prova da conduta culposa

4.3. *Impossibilidade de prova*

4.3.1. Generalidades

4.3.2. Impossibilidade ou dificuldade de prova?

4.3.2.1. Aplicação do conceito de impossibilidade prática

4.3.3. Âmbito da Impossibilidade de prova

4.3.4. Impossibilidade de prova de factos instrumentais

4.3.4.1. Noções

4.3.4.2. Presunções legais

4.4. *Nexo de causalidade no juízo de impossibilidade de prova*

5. *Conclusões*

Introdução

Problema

Em Direito, qualquer matéria relacionada com o ónus de prova assume relevância assinalável. A particularidade de uma Ordem Jurídica desfrutar de um bom Direito substantivo, que regule as situações jurídicas com equilíbrio, conferindo tutela aos direitos e interesses das pessoas, perde a sua utilidade quando as partes fracassam a prova da sua pretensão, devido a imprecisões ou injustiças que minam as normas do ónus da prova e as normas do Processo Civil.

Este trabalho versa sobre inversão do ónus de prova devido a impossibilidade culposamente causada pela parte contrária àquela a quem incumbe o ónus de prova (art.344º/2 CC). O art.344º/2 traduz uma resposta do Direito face às dificuldades que as partes enfrentam no momento de convencer o espírito do julgador. Efetivamente, existem várias situações de prova difícil, o que prejudica a concretização do Direito substantivo, pois, as partes a quem o Direito dá razão, em muitas ocasiões, não logram fazer prova dos factos constituintes da sua situação jurídica. Por outro lado, o Direito não pode ficar indiferente perante quem prejudica outrem, de modo censurável, inutilizando a sua tutela jurídica, daí que no art.344º/2 se refira a impossibilidade de prova *culposamente* causada.

O art.344º/2 prevê a situação específica de repartição do ónus de prova, a chamada situação inversão do ónus de prova, que ocorre quando o legislador fixa critérios diferentes dos gerais constantes do art.342º CC.

Escolhemos a inversão do ónus de prova do art.344º/2 CC pela relevância das questões já referidas e por entendermos que o seu tratamento tem sido pouco incidente. Alguns pressupostos são identificados pela doutrina, mas não com detalhe e análise de situações concretas. Em primeiro lugar, o art.344º/2 permite discutir se a inversão pode operar por factos anteriores ao processo, tal como permite aferir da existência ou inexistência de um dever de conservação de prova de Direito Material. Em segundo, sendo um dos pressupostos a *impossibilidade de prova*, tem sido debatido qual o seu significado, se a *mera dificuldade de prova* se encontra abrangida. Neste sentido, indagaremos o conceito de *impossibilidade* e de *dificuldade*, matéria que também não tem merecido densidade na doutrina e na jurisprudência. Quanto à culpa, importa saber se se abrange

o dolo e a negligência e, ainda, se pode abranger a conduta de terceiro. Se a impossibilidade é causada por terceiro, cabe descortinar instrumentos que o onerado possa utilizar.

Deste modo, o presente trabalho pretende contribuir com uma sistematização e análise dos pressupostos da inversão do ônus de prova culposamente causada pela contraparte (art.344º/2 CC).

Delimitação

Quanto à delimitação, como tratamos de inversão do ônus de prova, com a modificação dos critérios gerais de repartição do ônus de prova, afigura-se imprescindível uma pequena referência aos critérios e fundamentos do ônus da prova, bem como aos critérios e fundamentos da inversão do ônus da prova. No entanto, optamos por deixar de fora as matérias relacionadas com o ônus de alegação.

O núcleo do nosso estudo incide sobre a aplicação do art.344º/2 CC, pelo que abordaremos a origem e fundamento do regime, o respetivo ônus de prova e pressupostos, com especial foco a ilicitude, culpa e a impossibilidade de prova (e a sua distinção face à dificuldade de prova). Dentro daqueles pressupostos, será tratado também o dever de cooperação das partes no processo, pelo menos, na medida em que pode levar à inversão do ônus de prova no art.344º/2 CC.

Dado que a jurisprudência e doutrina têm apenas analisado a inversão do ônus da prova por condutas ocorridas durante o processo civil, o presente estudo supõe várias hipóteses de atos de viciação de meios de prova anteriores ao processo.

Sequência

O presente estudo iniciar-se-á com o enquadramento e considerações gerais sobre a matéria relacionada com o ônus da prova e sobre o regime do art.344º/2 CC (1.). Seguem-se os fundamentos da inversão do ônus de prova por impossibilidade culposamente causada (2.), bem como o tratamento da questão sobre quem recai o ônus de prova da sua aplicação (3.).

Posteriormente ao enquadramento, passa-se à análise dos pressupostos de aplicação do art.344º/2 (4.), entre os quais se encontram: a conduta ilícita (4.1.), a conduta culposa (4.2.), a impossibilidade de prova (4.3.), e o nexo de causalidade entre a conduta e a impossibilidade (4.4).

Em último lugar, seguem-se as conclusões (5.)

A inversão do ónus da prova devido a impossibilidade de prova culposamente causada (art.344º/2 CC)

1. Generalidades

1.1. Ónus da prova

A matéria do ónus da prova sofre uma importância inegável em todo o ordenamento jurídico. Pode suceder que o julgador fique na dúvida quanto à veracidade ou falsidade de determinados factos, não tendo condições para decidir com convicção de certeza. Em virtude da proibição do *non liquet* (art.8º/1 CC), o julgador tem sempre a obrigatoriedade de decidir.

Neste contexto, o legislador atribui ónus da prova dos factos constitutivos do direito a quem o invoca (art.342º/1 CC), e atribui contra quem o direito é alegado, o ónus de provar os factos impeditivos, modificativos e extintivos desse direito (art.342º/2 CC). Se a parte onerada falhar em demonstrar a veracidade daqueles factos, não tendo o juiz sido convencido pelos restantes elementos do processo, os mesmos são tidos como não verificados² e o caso é decidido contra aquela parte (art.414º CPC).

O ónus da prova assume assim uma **função decisória** (ónus de prova objetivo), visto que, em caso de dúvida do julgador, depois de produzida e valorada toda a prova, indica o sentido do mérito da causa (art.414º, primeira parte). Neste sentido se fala em *regola di giudizio*³, ou seja, regra que decide o sentido a adotar no julgamento.

Em consequência, assegura-se o cumprimento do dever *non liquet* (art.8º/1 CC)⁴. Assume também uma **função ordenadora** (ónus de prova subjetivo) na medida em que estabelece *quem deve provar o quê*, definindo as respetivas consequências em caso de fracasso⁵. No fundo, o

² Operando uma ficção jurídica cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1961, pp.441-443 e 447.

³ GIAN ANTONIO MICHELI, *L'onere della prova*, Verona, Padova : CEDAM, 1966, pp.141 e ss..

⁴ ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declarativo, Vol.III*, Coimbra, Almedina, 1982., pp.350-351; ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado, volume III artigos 487.º a 549.º*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp.270-272.

⁵ Estabelecendo um incentivo para o onerado para carrear meios de prova ao processo cfr. LEO ROSENBERG, *La Carga de la Prueba* (Trad. Ernesto Krotoschin), 2ª edição, montevideo-Buenos Aires, editorial BdeF, 2002, p.32;

legislador escolhe a parte onerada, a qual tem o *risco de ver repelida pretensão que deduziu em juízo*⁶, em situação de dúvida do julgador.

Como este capítulo é meramente introdutório, não se justifica uma completa digressão pelos fundamentos do ónus da prova. Esta discussão é acentuada há mais de um século e tem sido protagonizada por nomes como LEO ROSENBERG, FRANCESCO CARNELUTTI, e GIAN ANTONIO MICHELI. Todavia, como iremos discutir os fundamentos da inversão operada no artigo 344º/2 do Código Civil, é conveniente enunciar os principais os fundamentos na imputação do ónus da prova.

Em primeiro lugar, ao invés de se atribuir o ónus de prova de todos os factos sobre uma das partes, ocorre uma distribuição. A ausência de distribuição sobrecarregaria uma das partes a um ponto em que o ónus da prova equivale à negação da própria tutela jurídica⁷.

Ao fixar a distribuição do ónus da prova, o legislador atende, inevitavelmente aos interesses das partes, às dificuldades de prova e ao acesso dos meios de prova pelas partes. Ao onerar a parte que invoca uma posição ou direito, ou pretensão, com a prova dos seus factos constitutivos e a contraparte com a prova dos seus factos impeditivos, modificativos e extintivos, o legislador seguiu a teoria das normas de ROSENBERG, segundo a qual cada parte deve provar factos que preencham a previsão dos preceitos jurídicos que pretendam ver aplicados⁸. De acordo com VAZ SERRA, este critério permite que o ónus da prova recaia sobre a parte que esteja em melhor situação para a produzir⁹. Com efeito, quem invoca o direito ou vantagem jurídica é, na maioria das situações, quem tem maior acesso aos meios de prova¹⁰. Por conseguinte, as dificuldades de prova e dificuldades de acesso aos meios de prova são valorações atendidas pelo legislador quando fixa esta distribuição. Neste sentido ainda argumenta ROSENBERG que as partes oneradas, pelo medo de sofrer um resultado desfavorável, sentir-se-ão motivadas a carrear para o processo vários meios

RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, p.11.

⁶ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado: volume III artigos 487.º a 549.º*, cit., p.272.

⁷ LEO ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit., pp.114-115; JOSÉ CHIOVENDA, *princípios de derecho procesal civil, Tomo II*, (Trad. Jose Casais Y Santaló), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1977, p.267.

⁸ LEO ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit., pp.27-28 e 123 e ss., e 132 e ss..

⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, Lisboa, Livraria Petrony, 1962, p.65.

¹⁰ Se um sujeito se opõe a uma conduta de outrem, em virtude do seu direito de propriedade, será o alegado titular quem estará em melhor situação para provar os factos que concluem pela existência ou inexistência do direito.

de prova relevantes, o que demonstra que o ónus da prova constitui um estímulo à parte onerada para uma maior contribuição para a descoberta da verdade¹¹.

Por fim, muito sumariamente, no respeito ao confronto, essencialmente, entre factos constitutivos¹² e entre factos impeditivos¹³, modificativos e extintivos¹⁴, segundo VAZ SERRA e CHIOVENDA, segue-se um critério de normalidade: não costumam existir obstáculos à constituição de direitos, e no caso de direitos já constituídos, os mesmos, não costumam sofrer mutações; em segundo lugar, verifica-se que, normalmente, é mais fácil provar a existência de algo do que a sua inexistência¹⁵. Segue-se ainda um critério funcional, segundo o qual os factos constitutivos são suscetíveis de produzir, de acordo com a norma aplicável, o efeito jurídico que a parte pretende obter, enquanto os factos impeditivos visam determinar a ineficácia dos primeiros¹⁶.

1.2. A inversão do ónus da prova por impossibilidade culposamente causada pela contraparte

A inversão do ónus da prova¹⁷ é um efeito jurídico que consiste na permuta de posições das partes definidas pela regra geral de distribuição do ónus da prova (art.342º CC), isto é, o ónus

¹¹ LEO ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit., p.32; Aliás, como refere MICHELE TARUFFO, quando a parte está onerada por factos difíceis de provar, pode a mesma ser motivada a tomar precauções, pré-constituindo tantos meios de prova quanto possível cfr. MICHELE TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, a.46n.3 (setembro 1992), p.755.

¹² Factos que fazem nascer o direito, como a celebração de um contrato, no que toca à constituição de um direito de crédito.

¹³ Factos que impedem o nascimento eficaz do direito, como a invalidade do contrato celebrado, por exemplo, por vícios da vontade, face ao direito de crédito invocado.

¹⁴ Factos que modificam ou extinguem o direito, entre eles: a prescrição (arts.300º e ss. CC), a dação em cumprimento (arts.837º e ss. CC), a compensação (art.847º e ss. CC) e o cumprimento (art.762º e ss. CC).

¹⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., pp.67-70; JOSÉ CHIOVENDA, *princípios de derecho procesal civil, Tomo II*, cit., pp.269-270.

¹⁶ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ónus da Prova e Não Cumprimento das Obrigações*. *Scientia iuridica*, Braga, t.49n.283-285 (Jan.-Jun.2000), pp.178-179; ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., pp.70-72.

¹⁷ Sobre a inversão do ónus da prova vide RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., 2018; MICHELE TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., pp.733-756; PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, a.46n.3 (setembro 1992), pp.757-796.

da prova passa a ser suportado pela parte contrária daquela que seria a parte onerada com a prova de acordo com a regra geral¹⁸.

A repartição do ónus da prova é definida pelo art.342º CC, sendo possível a sua inversão apenas com recurso a outra norma legal, isto é, as situações de inversão do ónus da prova são taxativas e não pode o julgador realizá-la noutros casos, por exemplo, por dificuldade probatória¹⁹. O elenco geral é fornecido pelo art.344º CC e consiste na: existência de presunção legal; dispensa ou liberação do ónus da prova; e restantes casos referidos pela lei.

Um dos restantes casos de inversão do ónus da prova representa o objeto deste trabalho e representa a situação em que uma das partes (a *contraparte*) causa culposamente a impossibilidade de prova dos factos cujo ónus da prova incide sobre a outra (*parte inicialmente onerada*), previsto no art.344º/2 CC.

Têm sido poucas as palavras dedicadas ao estudo do art.344º/2 CC. Por conseguinte, os pressupostos rogam por uma apreciação mais profunda. Importa definir o conceito de *culpa*, *impossibilidade* e a medida em que os mesmos podem causar a inversão do ónus da prova.

O art.417º CPC é aplicável a factos durante o processo, pois, está estabelecida a relação jurídica processual entre as partes e o Tribunal, na qual nasce o dever de cooperação. Por um lado, o art.344º/2 CC não depende ou pressupõe a existência daquela relação processual, logo, o âmbito desse preceito é maior. Acresce que, o art.417º/2 CPC prevê como consequência da violação do referido dever a livre apreciação do comportamento faltoso, enquanto o art.344º/2 CC gera a inversão do ónus de prova. Notando que o art.417º/2 CPC ressalva a aplicação do art.344º/2 CC, importa distinguir a aplicação dos regimes.

Antes de tratar da separação dos regimes, aceitamos provisoriamente a posição, segundo a qual: dá-se a inversão do ónus de prova, caso a contraparte cause a impossibilidade de prova

¹⁸ Situação diferente do ónus da prova é a da aplicação de presunções judiciais ou da *prova prima facie* que podem ser aplicadas pelo julgador. As presunções judiciais resultam das regras da experiência e curso normal dos factos, cfr. JOSÉ CHIOVENDA, *princípios de derecho procesal civil, Tomo II, cit.*, p.372 e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa, cit.*, p.212. Todavia, fixada a presunção judicial a favor de uma das partes, a parte contrária tem o ónus da contraprova (art.346º CC), devendo causar dúvida no espírito do julgador sobre o facto presumido. Deste modo, as presunções judiciais têm uma menor força probatória que as presunções legais (relativas), já que estas exigem a prova do contrário (art.350º/2 CC), e não a provocação da mera dúvida no espírito do julgador.

¹⁹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica. Direito da Saúde e Bioética*. (1996), pp.140-141.

(arts.344º/2 CC, *ex vi* 417º/2 CPC), aplicando-se a consequência da livre apreciação aos casos em que o comportamento faltoso traz a mera dificuldade da prova²⁰.

1.3. Admissibilidade de contratos probatórios no âmbito do art.344º/2?

Não podem as partes afastar a aplicação do art.344º/2 CC através dos chamados contratos probatórios, isto é, para a modalidade que nos interessa, acordos que alteram as regras de distribuição do ónus da prova²¹. A admissibilidade dos contratos probatórios é prevista no art.345º CC. Ora, uma das situações de proibição dos mesmos é, precisamente, de o contrato tornar excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes²² (art.345º/1 CC). Tendo em conta que a contraparte causou a impossibilidade de prova, não fosse a inversão do art.344º/2 CC, o inicialmente onerado estará com a possibilidade de exercício do direito “excessivamente difícil”. Como refere ANSELMO DE CASTRO, o art.345º/1 CC estabelece uma manifestação do princípio geral resultante do art.809º CC, referente à renúncia antecipada de direitos²³, o que é perfeitamente aplicável ao caso, não sendo, por isso, lícitos os contratos probatórios que afastem o art.344º/2 CC.

²⁰ Cfr. defendido em RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, pp.187/188 e acs.STJ.29.jun.1999, processo nº99A481 [GARCIA MARQUES], acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ca23142b0952ad8802568fc003bb00e>; STJ 20.fev.2001, processo nº01A4054 [FERREIRA RAMOS], acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/051e3823256da59080256e4000353b2a>; RL.19.fev.2008, processo nº 7371/2007-1 [MARIA ROSÁRIO BARBOSA], acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ad6ab76f43abcc438025740800585c74>; RL.5.junho.2008 processo nº3861/2008-6 [FÁTIMA GALANTE], acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1ede77dce8289d7e802574b9003b951a>.

²¹ Não cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p.234.

²² Sobre o limite da excessiva dificuldade de exercício do direito na norma italiana do Código Civil italiano (art.2698º), mas muito semelhante à nossa, GIOVANNI VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, a.46n.3 (setembro 1992), p.730; sobre o mesmo limite na norma portuguesa RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., p.185.

²³ ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Declaratório, Vol.III, cit.*, p.361.

1.4. Princípios aplicáveis

À inversão do ónus da prova por impossibilidade culposamente causada (art.344º/2 CC) são aplicáveis os princípios gerais sobre prova, como o princípio da aquisição processual (art.413º CPC), princípio do inquisitório (arts.411º e 417º CPC) e princípio do contraditório (art.415º CPC), os quais têm diversas influências no referido regime de inversão.

Não cabe aqui uma explicação de todos os princípios, apenas se enunciando alguns dos seus efeitos na matéria.

Em primeiro lugar, por força do princípio da aquisição processual, o julgador toma em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las (art.413º CPC); pelo princípio do inquisitório, o julgador pode tomar, oficiosamente, diligências probatórias (art.411º CPC). Neste sentido, qualquer meio de prova, seja indicado ou produzido pelas partes, ou pela iniciativa oficiosa do julgador, pode inclusivamente ser usado para fundamentar a inversão do ónus de prova por impossibilidade culposamente causada (art.344º/2 CC).

A aplicação da inversão do ónus da prova referida no art.344º/2 CC não depende da invocação das partes, pois o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à interpretação e aplicação das regras de direito (art.5º/3 CPC), desde que os factos em análise permitam o preenchimento dos seus pressupostos do art.344º/2 CC.

Por último, pelo princípio do contraditório²⁴ (arts.3º, 5º e 414º CPC) e pela proibição das decisões surpresa, na eventualidade do julgador entender dever aplicar o artigo 344º/2 do Código Civil, deve este permitir o contraditório a ambas as partes antes de decidir, especialmente a respeito da parte contra quem o ónus poderá ser invertido. Este mesmo princípio justifica que qualquer solicitação probatória feita pelo Tribunal junto de uma das partes, no âmbito dos deveres de cooperação das partes (arts.7º e 417º CPC), seja acompanhada com a cominação de inversão do ónus de prova, no caso de incumprimento. Assim, refere o acórdão da Relação de Coimbra de

²⁴ Não se trata apenas de cumprir uma garantia do processo, a própria coerência e função de confronto de provas é assegurada pela possibilidade de contraditório, cfr. MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos* (Trad. Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Editorial Trotta, 2011, pp.428-430.

18.mai.2010, processo nº1325/03.9TBNV.C1 [ARLINDO OLIVEIRA]²⁵ “[s]ob pena de qualquer decisão surpresa, a notificação da parte para apresentar o documento, deve ser efectuada com a cominação da inversão do ónus da prova, no caso de não o juntar”²⁶. Neste domínio, a contraparte tem a possibilidade de demonstrar a falta do preenchimento de um dos requisitos, e de demonstrar que os factos objeto da inversão não são verdadeiros.

2. Fundamento do art.344º/2 CC

O regime do art.344º/2 foi pensado por VAZ SERRA, na sequência da jurisprudência alemã permitir a inversão do ónus da prova quando a parte contrária à parte onerada com o ónus da prova torna culposamente impossível a prova²⁷.

Foram analisadas várias hipóteses de fundamentação da referida inversão²⁸: 1) no Direito alemão, a aplicação analógica dos § 427 e 444 ZPO^{29,30}, embora a consequência do regime seja a cominação dos factos como provados e não a inversão do ónus da prova; 2) aplicação de uma presunção natural através da regra de experiência segundo a qual “receia a prova quem a afasta”³¹; 3) um resultado da livre apreciação do julgador; 4) a violação de um *dever de direito material de conservar o meio de prova* cuja sanção consiste na inversão do ónus da prova.

²⁵

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f3b337b1b5017ab780257731002d15c7>.

²⁶ no mesmo sentido, o acórdão da Relação de Guimarães 18.dez.2017, processo nº 396/14.7T8VCT.G1 [RAQUEL BAPTISTA TAVARES], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6e397b1ae6c24c7c802582270058eff2>, e ainda o acórdão da Relação do Porto 20.jun.2016, processo nº335/15.8T8AVR.P1 [PAULA LEAL DE CARVALHO], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ebb6b33ce133de2780257fe300526c4c>.

²⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., pp.100 e ss..

²⁸ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., pp.100-109.

²⁹ <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

³⁰ Trata-se do regime aplicável à prova documental, prevendo que, quando uma parte esteja encarregue de apresentar determinados documentos e incumpra esse dever, os factos que se pretendiam ver provados através dos documentos são considerados provados.

³¹ Esta hipótese tinha o problema de apenas abranger casos com dolo.

VAZ SERRA adotou um outro fundamento para a inversão do ónus de prova, a *inexigibilidade*: “se o adversário afasta culposamente o meio de prova, é inexigível ao onerado o cumprimento do ónus de prova”³².

Neste sentido, não se analisam os critérios gerais e fundamentos de distribuição do ónus da prova, pelo contrário, procuram-se critérios diferentes com vista o seu afastamento. O legislador ou se aproveita de outros fundamentos para a alteração do ónus da prova, ou confirma que os fundamentos gerais são colocados em causa na situação concreta. Vejamos o exemplo das presunções: as presunções são estabelecidas em função de máximas de experiência, ora em função de juízos de oportunidade e/ou, de segurança jurídica. No primeiro caso, o legislador atendeu à elevada probabilidade do facto presumido resultar do facto base da presunção (nexo lógico)³³. No que toca aos juízos de oportunidade, o legislador atendeu à dificuldade ou impossibilidade de prova³⁴ em determinadas ocasiões, que se traduz na dificuldade do exercício de direitos³⁵, como exemplo: a presunção do incumprimento culposo do devedor permite uma maior facilidade ao credor de conseguir a condenação no cumprimento (art.799º CC), pois basta provar a existência da fonte da obrigação, em consequência, razão semelhante foi adotada nos casos dos arts.491º, 492º e 493º CC. Da proteção contra a dificuldade ou impossibilidade de prova é possível extrair outros dois critérios: o âmbito do controlo e influência sobre os meios de prova³⁶, e a proteção da parte mais fraca³⁷. Relativamente à segurança jurídica, pretende-se a estabilização das situações

³² ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., p.102.

³³ LUÍS PIRES DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, pp.17-20, 31-32, 102; PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., pp.769-770.

³⁴ RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., pp.70-71; GIOVANNI VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., p.719.

³⁵ O legislador adota uma maior proteção a favor de um instituto civil, v.g. o favorecimento o probatório na tutela possessória, cfr. PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., p.772-773.

³⁶ SALVATORE PATTI, *Ripartizione dell'onere, probabilita e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*. *Rivista di Diritto Civile*, Pádua, a.36 n.5 (setembro-outubro1990), p.712; RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., p.70.

³⁷ GIOVANNI VERDE, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*, cit., p.719; cfr. PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., pp.775-778, distinguindo entre debilidade objetiva (gerada pela estrutura da relação jurídica, assim se situa o consumidor) e subjetiva (dependência económica e social de uma das partes, tal como se verifica na situação do trabalhador face ao empregador, veja-se o artigo 62º/3 do Código do Trabalho); RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., p.72.

jurídicas, veja-se o caso art.114º/1 CC, em que se estabelece a presunção de morte, com vista a tutela dos interesses dos sucessores³⁸.

Como iremos posteriormente analisar, salvo o devido respeito, embora seja admissível a qualificação de sanção, não é essa a sua verdadeira natureza, nem aí reside o fundamento da inversão do ónus de prova presente no art.344º/2 CC³⁹. O fundamento do art.344º/2 CC não pode deixar de se fixar na *justa (re)distribuição do ónus da prova*. A justa distribuição do ónus da prova para o efeito é composta por duas vertentes: uma vertente objetiva e uma vertente subjetiva. A vertente objetiva consiste na *impossibilidade* de prova em que o onerado se encontra. Por outro lado, a vertente subjetiva é explicada pela conduta culposa da contraparte, um comportamento censurado pelo Direito causador de dificuldades probatórias. Numa justa ponderação de interesses, prevalece a posição do inicialmente onerado, considerando o comportamento culposo da contraparte e as consequências objetivas que o mesmo trouxe. Não seria justo atribuir o risco de incerteza^{40,41} à parte que sofre com a impossibilidade, causada por um comportamento culposo da parte contrária. Uma solução no referido sentido, gratificaria a contraparte pelo seu próprio ilícito-contrariando a fórmula de que ninguém pode beneficiar do seu ilícito (*tu quoque*)⁴²- incentivando uma perversão do acesso e administração da justiça⁴³, valores defendidos pela Constituição da República Portuguesa (arts.20º e 202º e ss. CRP).

³⁸ LUÍS PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção no Direito Civil, cit.*, pp.102-103.

³⁹ No sentido de se tratar de uma sanção, ELIZABETH FERNANDEZ, *A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade, e a proporcional)*. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas., Vol.I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp.830-831; RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português, cit.*, p.71 e acórdão da Relação de Lisboa 19.fev.2008, processo nº 7371/2007-1 [MARIA ROSÁRIO BARBOSA].

⁴⁰ Neste sentido, fala-se em inexigibilidade cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., pp.100 e 111, RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português, cit.*, p.70; PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile, cit.*, p.770-771.

⁴¹ Cfr. RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português, cit.*, p.21 “as regras de distribuição do ónus da prova pretendem, segundo um juízo de probabilidade, determinar com rigor qual das partes, uma vez que falte a prova de determinado facto, é justo que deva decair na ação, na medida em que poderia ter apresentado esse meio de prova e não fez”; ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado, volume III artigos 487.º a 549.º, cit.*, p.272.

⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume V: Exercício Jurídico*, 3º edição, Coimbra, Almedina, 2018, p.515, que entende ser este o fundamento do regime previsto no art.344º/2 CC.

⁴³ Relacionado com este ponto, defendendo que a falta de registo de trabalho suplementar por parte do empregador pode causar a inversão do ónus da prova: “Aliás, a não admissão da inversão do ónus da prova nessas hipóteses específicas poderia funcionar como um convite ao empregador para não registar o trabalho suplementar, em especial quando pudesse daí tirar uma previsível vantagem patrimonial” cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, Porto, Universidade do Porto, 2018, pp.325-326.

Por fim, não se encontrou uma disposição semelhante ao art.344º/2 CC nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sendo o Código Civil português o único que prevê esta solução. Começando por dois ordenamentos de tradição romano-germânica: O ordenamento alemão não apresenta normas gerais sobre o ónus da prova, prevendo apenas os casos especiais de inversão por presunção (por exemplo, a presunção de titularidade do direito a favor do possuidor no § 1006 BGB⁴⁴); o ordenamento italiano, ao invés, prevê uma norma geral sobre a distribuição do ónus da prova (art.2697 do Código Civil Italiano⁴⁵), porém, tal como no caso alemão, não estabelece uma norma geral de inversão do ónus da prova, prevendo apenas uma norma geral de presunções (art.2728 do Código Civil Italiano). Nestes dois ordenamentos, a inversão do ónus da prova por impossibilidade culposamente causada apenas tem lugar pela aplicação de presunções judiciais, ou, pela chamada inversão jurisprudencial do ónus da prova.

Nos países da América latina já encontramos normas que invertem o ónus da prova por dificuldade ou impossibilidade de prova⁴⁶. É o caso do Direito brasileiro que permite ao juiz inverter o ónus da prova, face à impossibilidade ou dificuldade de prova do onerado ou à maior facilidade da prova do facto contrário (art.373º § 1 Código Civil Brasileiro⁴⁷). A norma, porém, é diferente da norma portuguesa. O art.344º/2 do Código Civil português não permite uma inversão oficiosa tendo em conta as circunstâncias do caso em apreço, requer, pois, uma conduta culposa causadora da impossibilidade. Com efeito, o art.373º § 1 do Código Civil Brasileiro explica-se pela tradição do Professor argentino JORGE PEYRANO, defensor de uma distribuição dinâmica do ónus da prova, ao contrário da distribuição estática presente no ordenamento português (art.342º CC).

3. Ónus da prova para aplicação do art.344º/2 CC

Ao onerado incumbe o ónus da prova da sua pretensão nos termos gerais (art.342º CC). Porém, verificando-se a impossibilidade de prova dessa pretensão, culposamente pela contraparte, incumbe ao inicialmente onerado o ónus de provar os factos constitutivos da inversão presente no

⁴⁴ <https://www.gesetze-im-internet.de/>.

⁴⁵ <http://www.ipsoa.it/codici/cc>.

⁴⁶ Embora, independentemente da culpa da contraparte.

⁴⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

artigo 344º/2 CC (art.342º/1 CC), enquanto posição jurídica ativa⁴⁸ que lhe confere vantagens relacionadas com o menor esforço probatório e com a maior probabilidade de sucesso da sua pretensão.

Em consequência, a parte inicialmente onerada tem, em princípio, o ónus de provar todos pressupostos de aplicação que iremos analisar⁴⁹ (*infra* 4.) e à contraparte incumbe o ónus de provar os factos extintivos, modificativos ou impeditivos da inversão do ónus da prova (art.342º/2 CC), bastando que a mesma elimine um dos pressupostos do art.344º/2 CC.

No nosso entender os pressupostos de aplicação do art.344º/2 CC devem ser entendidos como:

- 1) *uma conduta ilícita;*
- 2) *uma conduta culposa;*
- 3) *um resultado de impossibilidade de prova para a parte onerada;*
- 4) *um nexó de causalidade entre a conduta ilícita e culposa e entre a impossibilidade.*

Podemos, porém, adiantar, desde já, que o onerado deve demonstrar três aspetos essenciais dos vários pressupostos: que *existe ou existiu um meio de prova, que o meio de prova seria relevante para a decisão da causa* (pressuposto positivo do nexó de causalidade), de que *não restam outros meios de prova relevantes* (pressuposto negativo do nexó de causalidade) e que o *mesmo se encontrava em posse da contraparte*⁵⁰ ou, em *condições de serem alterados pela contraparte* (componente para o pressuposto da ilicitude e da culpa).

⁴⁸ A palavra “direito” no art.342º/1 CC surge num sentido amplo, “trata-se de qualquer posição jurídica ativa de que o interessado queira prevalecer-se”, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume V, cit.*, pp.512-513.

⁴⁹ No mesmo raciocínio, cfr. o acórdão RL.19.fev.2008, processo nº 7371/2007-1 [MARIA ROSÁRIO BARBOSA]: “A prova do contrato incumbe à A. Mas neste caso (em que a A. Alega não ter tal contrato porque se terá extraviado) nem sequer nos podemos socorrer da inversão do ónus da prova pois que para que isso pudesse acontecer seria necessário que a prova de determinada factualidade, por acção - comissiva ou omissiva - da parte contrária, se tenha tornado impossível de fazer”. O Tribunal entendeu que a parte inicialmente onerada não logrou a prova dos pressupostos do art.344º/2 CC, nomeadamente, não provou que existia contrato, nem provou que existia impossibilidade de prova.

⁵⁰ Num sentido de controlo material sobre o meio de prova.

Todavia, sucede que quanto à culpa, o onerado não terá de provar todos os seus factos constitutivos, como veremos *supra* (4.2.3.).

4. Imputação à contraparte

4.1. Conduta Ilícita

Uma conduta é ilícita se for contrária ao Direito, atingindo bens ou interesses juridicamente protegidos⁵¹.

Existe ilicitude na adoção de uma conduta contrária àquela que pode ser entendida como devida por um dever de conservação dos meios de prova relevantes para uma determinada relação jurídica substantiva. Este dever de conservação dos meios de prova pode assumir dois planos: um plano processual e outro plano substantivo, por outras palavras, um ilícito adjetivo e um ilícito substantivo.

No plano processual, estabelecida uma relação jurídico-processual entre as partes e o Tribunal, surgem vários direitos e deveres, sendo o dever de colaboração (arts.7º e 417º CPC) aquele que implica, neste âmbito, um dever de conservar os meios de prova e de os fornecer quando requeridos.

No plano substantivo, é controversa a existência de um dever de conservar os meios de prova visto que não existe qualquer relação jurídica processual.

Não obstante esta diferença, o dever de conservação de meios de prova, a existir, implica uma conduta diligente e zelosa a tomar perante aqueles meios.

⁵¹ Sobre este conceito de ilicitude a propósito da responsabilidade civil *vide* ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, volume I*, 8º edição, Coimbra, Almedina, 1994, pp.537-540 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume I- introdução da constituição das obrigações*, 12º edição, Coimbra, almedina, 2015, pp.259-261.

4.1.1. Plano processual, dever ou ónus de colaboração?

Foi referido que da relação jurídico-processual entre as partes e o Tribunal resulta o dever de colaboração na descoberta da verdade, em virtude do qual, as partes devem responder e prestar as informações que o juiz requerer, submeter-se às inspeções ou exames necessários, praticar os atos que forem determinados, e facultar o que for requisitado (art.417º/1 CPC), por exemplo, documentos, fotografias, plantas (arts.411º, 429º, 436º CPC).

Cumpra questionar, será o dever de cooperação referido no artigo 417º do Código de Processo Civil um verdadeiro dever? Poderá tratar-se de um ónus?

Entendemos estar na presença de um dever de cooperação. A figura do ónus prescreve uma situação passiva que o agente deve ultrapassar para alcançar determinada vantagem, ou para impedir a verificação de uma desvantagem. Deste modo, o ónus surge normalmente em função de interesses próprios⁵². Pela possibilidade de inversão do ónus da prova por incumprimento do dever de cooperação, poder-se-ia argumentar que a contraparte teria interesse em não sofrer a referida inversão. Todavia, o conteúdo do ónus, sendo ele a conservação dos meios de prova, bem como a consequência do seu incumprimento, são favoráveis à parte onerada com o ónus da prova. Evidentemente, a pretensão de tutela dos meios de prova não visa proteger o interesse de quem os destrói ou prejudica.

Em segundo lugar, as consequências do incumprimento, diga-se, a suscetibilidade de aplicação de multa e a possibilidade de uso de meios coercivos (art.417º/2 CPC), são demasiado gravosas para se concluir pela presença de um ónus.

Por último, como refere RYTA LYNCE DE FARIA, não se pode falar de culpa sem ilicitude⁵³. Efetivamente, não existe juízo de censurabilidade face a uma conduta lícita.

Voltando à aplicação deste regime, no que respeita ao conceito de inspeção ou exames necessários, está em causa a proporcionalidade, no sentido em que a inspeção não pode ser apenas idónea à descoberta da verdade, mas haverá de ser necessária. O legislador tomou esta opção

⁵² JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, cit., pp.438-440 e a propósito do ónus do lesado zelar pela diminuição do dano no art.570º CC cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa, Vol.I*, Braga, Scientia Iuridica, 1991, p.580-581.

⁵³ RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., p.62.

porque do lado da parte requisitada podem estar em causa vários direitos, tais como a integridade física, o domicílio, a reserva de intimidade de vida privada, sigilo profissional ou segredo de Estado (art.417º/3 CPC). Deste modo, para aferir da licitude e exigibilidade da recusa, é necessário proceder ao teste de proporcionalidade entre o direito do requisitado, que preenche um dos casos previstos no art.417º/3 CPC e o direito da parte contrária. ALBERTO DOS REIS considera que a vertente da necessidade deve ser entendida no sentido de que, sem aquela diligência, não pode decidir-se a matéria de facto da ação⁵⁴.

Conforme dita o acórdão da Relação de Lisboa de 5.jun.2008, processo nº 3861/2008-6 [FÁTIMA GALANTE] «Importa também ter presente que o disposto no art. 519º, nº 1, como enunciação de um *princípio geral*, que é, está também ele sujeito ao *princípio da proporcionalidade*, também chamado princípio da proibição do excesso, o qual se desdobra, por seu turno, em três subprincípios: “a) *princípio da adequação*, ou princípio da idoneidade; b) *princípio da exigibilidade* (também chamado da necessidade ou da indispensabilidade), ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias, porque os fins visados na lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos liberdades e garantias; c) *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos».

Se do teste de proporcionalidade, vencer o direito da parte contrária, a recusa é ilegítima, e é apreciada livremente (art.417º/2 CPC), caso contrário, não existe ilicitude. Além disso, ficam em apreciação outras sanções como a condenação em multa se a omissão do dever de cooperação for grave (art.542º/2 c) CPC), assim como os meios coercivos para efetivar a diligência, v.g., a apreensão de documentos (art.433º CPC)⁵⁵. No entanto, os meios coercivos não podem colocar em causa a integridade física e moral do destinatário, dado que se viola a proporcionalidade.

⁵⁴ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado, volume III artigos 487.º a 549.º, cit.*, p.322.

⁵⁵ Que entendemos aplicar-se por analogia a coisas móveis que cuja análise seja relevante.

4.1.2. Plano substantivo, dever ou ónus de conservação de meios de prova?

À primeira vista poderá parecer anormal assumir que sobre as partes impende um dever de conservar determinados meios de prova que possam vir a servir para um futuro (e hipotético) litígio entre as partes. Porém, tal obrigação é indiscutível no âmbito de um processo (arts.417º CPC), visto que é um dever resultante da relação jurídica processual que se estabeleceu com o processo.

Menos estranho já será assumir que as partes, na iminência da instauração de uma ação, ou seja, na iminência de um litígio, não possam destruir os meios de prova, prejudicando a apreciação dos factos pelo Tribunal. Contudo, não parece que seja apenas na iminência de um litígio processual que as partes estejam impedidas de danificar os meios de prova.

Nos Estados Unidos⁵⁶, o dever de conservar a prova (*duty to preserve*) pode resultar de previsões legais, estatutárias, ou pode ser assumido contratualmente. Enquanto vigora o processo judicial, esse dever é incontornável⁵⁷, porém, a jurisprudência tem centrado a sua discussão no modo como pode surgir um igual dever antes do litígio (*prior to the initiation of litigation*, ou *pre-litigation*). Têm sido utilizados dois critérios: 1) quando é razoável antecipar a ocorrência do litígio⁵⁸; ou 2) quando a parte infratora deve saber da relevância de determinadas informações para um futuro litígio⁵⁹. Esta antecipação ou probabilidade de ocorrência do litígio pode verificar-se

⁵⁶ A. BENJAMIN SPENCER, *The Preservation Obligation Regulating and Sanctioning Pre-Litigation Spoilation in Federal Court*. *Fordham Law Review*. Volume 79, Issue 5 (2011), [consult. 17 de julho], disponível em ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol79/iss5/7. a quem devemos a descoberta da maioria da jurisprudência citada.

⁵⁷ Regra 37 *Federal Rules of Civil Procedure*, effective September 16, 1938, <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>. Na regra 37 (e) já se reconhece que possa existir um dever de conservação de informação eletrónica armazenada antes de qualquer litígio, embora a decisão sobre o momento e modo como o dever surge caiba aos Tribunais.

⁵⁸ Decisão do Tribunal de Recurso dos Estados Unidos, 4º Circuito, *Silvestri v. General Motors Corp*, 29.nov.2001, 271 F.3d 583 (4th Cir. 2001), disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/271/583/597898/>: “*Spoilation refers to the destruction or material alteration of evidence or to the failure to preserve property for another's use as evidence in pending or reasonably foreseeable litigation*”. Referindo o Tribunal de Recurso para o Circuito Federal dos Estados Unidos na decisão *Micron Tech., Inc. v. Rambus, Inc.*, 13.mai.2011, No. 09-1263 (Fed. Cir. 2011), disponível em <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cafc/09-1263/09-1263-2011-05-13.pdf?ts=1411171025>, que se trata de um critério de um critério objetivo, segundo o qual uma parte nas mesmas circunstâncias teriam previsto a ocorrência do litígio: “*This is an objective standard, asking not whether the party in fact reasonably foresaw litigation, but whether a reasonable party in the same factual circumstances would have reasonably foreseen litigation*”.

⁵⁹ Decisão do Tribunal de Recurso dos Estados Unidos, 2º Circuito, *Kronisch v. United States*, 9.jul.1998, 150 F.3d 112, 126 (2d Cir. 1998), disponível em <https://casetext.com/case/kronisch-v-us>: “*This obligation to preserve evidence arises when the party has notice that the evidence is relevant to litigation — most commonly when suit has already been filed, providing the party responsible for the destruction with express notice, but also on occasion in*

pela receção de cartas que possam revelar essa eventualidade, por exemplo, uma intimação, uma ameaça de instauração de ação, a contratação de advogados ou peritos⁶⁰, ou ainda, uma troca de cartas que demonstre um desacordo entre as partes. Quanto aos limites deste dever, os Tribunais têm sido bastante abrangentes, *maxime*, se as partes não tiverem controlo sobre os meios de prova, devem avisar a parte contrária sobre o acesso ou informar da possibilidade da destruição dos mesmos⁶¹. Curiosamente, esta jurisprudência revela entendimentos semelhantes com a norma portuguesa (art.344º/2 CC), pois, para aplicar sanções exige culpa e prejuízo para a parte afetada⁶². Entende-se que a parte sofre prejuízo, se a prova destruída era relevante e favorável para a mesma, ora, na norma portuguesa tal requisito refere-se, em princípio, à impossibilidade de prova do facto cuja parte está onerada⁶³.

Embora a jurisprudência norte-americana forneça dados bastante relevantes, cabe discernir qual a fonte substantiva e verdadeira natureza da conduta de conservação dos meios de prova. VAZ SERRA abordou a questão da natureza material do dever de conservação dos meios de prova, referindo que a jurisprudência alemã o considerou de direito material^{64,65}.

Pode, antes, discutir-se se estamos na presença de um dever ou um ónus de conservação da prova. São de retomar a maioria dos argumentos invocados *supra* a propósito do artigo 417º do CPC⁶⁶, para justificar a presença de um dever. Assim: 1) o ónus existe em função do interesse do titular, porém, a conservação dos meios de prova protege o onerado contra a causação da

other circumstances, as for example when a party should have known that the evidence may be relevant to future litigation”.

⁶⁰ A. BENJAMIN SPENCER, *The Preservation Obligation Regulating and Sanctioning Pre-Litigation Spoilation in Federal Court, cit.*, pp.2008-2011.

⁶¹ Decisão do Tribunal de Recurso dos Estados Unidos, 4º Circuito, *Silvestri v. General Motors Corp*, 29.nov.2001, 271 F.3d 583 (4th Cir. 2001): “*If a party cannot fulfill this duty to preserve because he does not own or control the evidence, he still has an obligation to give the opposing party notice of access to the evidence or of the possible destruction of the evidence if the party anticipates litigation involving that evidence*”.

⁶² A. BENJAMIN SPENCER, *The Preservation Obligation Regulating and Sanctioning Pre-Litigation Spoilation in Federal Court, cit.*, pp.2014-2019.

⁶³ A. BENJAMIN SPENCER, *The Preservation Obligation Regulating and Sanctioning Pre-Litigation Spoilation in Federal Court, cit.*, pp.2016-2019.

⁶⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material), cit.*, p.101.

⁶⁵ Numa perspetiva semelhante, RUI PINTO defendeu mesmo um fundamento substantivo, a propósito da tutela cautelar no processo civil, sustentando que existe “uma posição jurídica substantiva cujo bem afectado seja a não ocorrência do dano e que serve de fundamento para uma pretensão processual à prevenção do dano” cfr. RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar*, Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2007, Tese de doutoramento, pp.313-314.

⁶⁶ *4.1.1.*, porém, não se retoma o argumento das consequências gravosas. Com efeito, a aplicação de multa e recurso de meios coercivos é apenas possível pelo incumprimento do dever processual de cooperação, e, neste caso, analisa-se a violação deste dever no momento substantivo, que não partilha essas consequências.

impossibilidade de prova, logo, atendendo ao interesse deste e não do interesse da contraparte⁶⁷; 2) não há juízo de censurabilidade (culpa), sem ilicitude⁶⁸.

Assim, o art.344º/2 CC prevê a violação de um dever material de conservação de meios de prova. Porém, qual a sua fonte? trata-se de um dever geral? De um dever que emerge quando seja previsível o litígio, tal como defendem os norte-americanos? Dependerá de normas especiais que prevejam a conservação de meios de prova? O melhor caminho implica analisar as situações em que o legislador prevê deveres de conservação dos meios de prova em pleno território substantivo.

No Direito Público, pelo menos, existem deveres materiais de conservação de meios de prova. O legislador estabelece deveres de conservação de prova de natureza pública, seja para fins fiscais, para fins administrativos e para o combate à criminalidade. O ordenamento é rico neste tipo de previsões legais⁶⁹: 1) obrigações de arquivo e conservação de documentos, aplicáveis a comerciantes singulares e empresas, passivos de imposto sobre valor acrescentado (arts.118º/1 CIRS, 125º/1 CIRC, 52º/2 CIVA 1º, 19º e ss. Decreto-Lei n.º 28/2019); 2) prazos de conservação da documentação produzida e recebida pelas autarquias locais no âmbito das suas atribuições e competências (arts.1º, 2º e 3º Portaria n.º 412/2001); 3) dever das instituições de crédito, instituições de pagamento, entre outras entidades financeiras e não financeiras, de conservarem durante 7 anos a documentação contratual com os seus clientes, no âmbito da prevenção de branqueamento de capitais e de combate ao terrorismo (art.51º Lei n.º 83/2017⁷⁰).

No âmbito de disciplinas, essencialmente de Direito Privado, porém, com uma reforçada proteção do interesse público, por exemplo, no tocante à estabilidade e salvaguarda do sistema financeiro (art.101º CRP), emergem o Direito Bancário e o Direito dos Valores Mobiliários⁷¹: 1)

⁶⁷ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, cit., pp.438-440 e a propósito do ónus do lesado zelar pela diminuição do dano no art.570º CC cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, Vol.I, cit., pp.580-581.

⁶⁸ RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., p.62; também no relato do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de maio de 2012 [Adérito Santos], consultável via <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a37708eee16e137180257a10005169c9>, o Ministério Público refere-se expressamente aos requisitos de ilicitude e culpa.

⁶⁹ Não consideramos a Portaria nº368/2013 de 24 de dezembro porque prevê a conservação de documentos relacionados com processos judiciais e administrativos (art.1º da referida Portaria).

⁷⁰ Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho.

⁷¹ Acentuado pela distinção entre o Direito material bancário e o Direito institucional bancário, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, pp.58-65.; e a distinção entre o Direito material face ao Direito institucional e regulatório dos valores mobiliários, cfr. ANTÓNIO BARRETO MENEZES

No domínio do Direito Bancário, tem interesse o Decreto-Lei no 279/2000, de 10 de novembro, segundo o qual bancos podem destruir, ultrapassado o prazo de 6 meses⁷², os documentos originais referentes as letras e livranças pagas, respetivamente, pelo aceitante ou subscritor, os cheques e os avisos ou ordens bancárias de pagamento ou de transferência pagas, bem como os talões de depósito de valores (arts.1.º, 2.º e 3.º Decreto-Lei no 279/2000); 2) no Direito dos Valores Mobiliários encontra-se o art.307º do Código de Valores Mobiliários que prevê a conservação de contabilidade e documentos dos intermediários financeiros com os seus clientes⁷³.

Em semelhança com o Direito Bancário e o Direito dos Valores Mobiliários, o Direito de Trabalho, também essencialmente Direito Privado de base contratual, sofre uma intervenção pública, mas fundada com o direito ao trabalho e com as respetivas condições de trabalho (arts.58º e ss. CRP). Vejamos os deveres consagrados: 1) obrigação de registo dos tempos de trabalho (art.202º/2 Código do Trabalho); 2) obrigação especial de registo do trabalho suplementar (art.231º/1 Código do Trabalho)⁷⁴; 3) obrigação do empregador conservar arquivos atualizados relevantes à proteção da segurança e saúde no trabalho (art.46º de Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro)

Até aqui, como referimos, os casos de dever de conservação de prova dizem respeito a ramos públicos, ou ramos essencialmente privados com uma componente pública. Chega o momento de analisar situações pertencentes ao núcleo do Direito Privado, nomeadamente, o Direito Civil ou Direito Privado Comum, e o Direito Comercial e Societário.

Acaba por ser o Direito Civil a consagrar um **dever geral substantivo de conservação** de coisas que são (ou possam vir a ser) meios de prova. De acordo com o artigo 574º do CC⁷⁵, “[a]o que invoca um direito, pessoal ou real, ainda que condicional ou a prazo, relativo a certa coisa,

CORDEIRO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2016, pp.32-35 e PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp.23-27.

⁷² Devem, portanto, conservar os documentos referidos até ao prazo estabelecido.

⁷³ Curiosamente, aliado a um dever de conservação, surge o dever, a cargo da entidade emitente, de reformulação ou reconstituição de valores mobiliários titulados ou escriturais em caso de destruição ou perda dos mesmos (art.51º CVM).

⁷⁴ Podendo ocorrer inversão do ónus da prova com base no art.344º/2 caso o empregador não registe o trabalho suplementar cfr. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, cit., pp.325-326. No sentido contrário, o acórdão da Relação de Évora 10.jan.2012, processo nº 295/10.1TTABT.E1 [JOÃO LUÍS NUNES], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/fb085064f7d36cfa80257de10056f790>.

⁷⁵ Referindo, igualmente, que se trata de uma obrigação de fundamento substantivo, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, cit., p.232.

móvel ou imóvel, é lícito exigir do possuidor ou detentor a apresentação da coisa, desde que o exame seja necessário para apurar a existência ou o conteúdo do direito e o demandado não tenha motivos para fundadamente se opor à diligência”. O mesmo regime vale para os documentos (art.575º CC) e o regime processual de jurisdição voluntária permite exigir judicialmente a apresentação da coisa ou documento (art.1045 CPC). Neste caso, o facto de o demandado ter de apresentar a coisa ou documentos, implica que os tem de conservar⁷⁶. Em consequência, além de se confirmar o dever de conservação na iminência de um litígio, contudo, para o exercício da referida tutela (fundada no dever de conservar meios de prova) basta a dúvida ou um conflito entre sujeitos sobre a existência ou conteúdo de um direito, sem a necessidade de existência de uma relação substantiva pré-estabelecida, mas também podendo esta existir.

Igualmente com ampla incidência no Direito do Consumo, na contratação massiva que ocorra através de *call-centers* (centros telefónicos de relacionamento) de empresas que prestem serviços (v.g. empresas seguradoras; prestadoras de serviço de canais televisivos) são diversas as disposições que possibilitam a estas empresas a gravação das chamadas telefónicas realizadas para prova da transação comercial. Concretamente o art.4º/3 da Lei nº41/2004, prevendo a Lei das Comunicações Eletrónicas nº5/2004 nos arts.47º-A/5 alínea a) e 48º/7 o dever das empresas conservarem os suportes duradouros (incluindo gravação telefónica) que se relacionem com a celebração, alteração ou cessação do contrato (por todo o tempo de vigência do contrato acrescido do correspondente prazo de prescrição e caducidade) e os disponibilizarem ao cliente quando requerido por este (tendo também a Comissão Nacional de Proteção de Dados emitido parecer sobre o prazo de conservação destas gravações, cfr. deliberação nº1039/2017⁷⁷).

A par destas normas, existem outras igualmente relevantes. No Código Comercial, o próprio estatuto de comerciante desencadeia uma obrigação de conservar a correspondência, a escrituração mercantil e os documentos num período de 10 anos (art.44º CCom). É também possível extrair um dever de conservação quando existe uma obrigação de prestar contas. Assim, em situação de gestão de negócios, devendo o gestor prestar contas ao *dominus* (art.465º/1 *al. c*) CC), deve conservar os bens detidos ou possuídos pelo *dominus*, se a gestão incidia sobre eles.

⁷⁶ Claro está que o réu depois de citado nesse processo de jurisdição voluntária, pode contestar, impugnando a relação contratual invocada; também pode opor, sustentando que a dúvida sobre a existência do direito é infundada, ou sustentar a sua ilegitimidade, porém, é inegável que a lei substantiva e adjetiva, conferem ao requerente o direito de exigir da contraparte a apresentação da coisa ou documento, e consequentemente o dever deste os apresentar.

⁷⁷ Disponível em https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/Del_geral_gravacao_chamadas_2017.pdf.

Deste modo, a conservação dos bens permite a realização da gestão em conformidade com a lei (art.465º/ al. a) CC)⁷⁸, como também permite ao *dominus* fiscalizar essa mesma gestão, e os referidos bens servem como meios de prova em qualquer dos casos. Finalmente, o dever de boa fé no cumprimento das obrigações, ou no exercício do direito correspondente (art.762º/2 CC), também implica um dever de conservação dos meios de prova⁷⁹.

Por outro lado, a utilidade do meio probatório é sempre substantiva, pois, permite provar factos que, por sua vez, integram a previsão de normas invocadas (art.342º/2 CC), por isso, os meios de prova são sempre instrumentais à tutela do direito substantivo que a parte é titular. Uma viciação dos meios de prova viola a tutela jurisdicional efetiva na vertente do direito fundamental à prova^{80,81} (art.20º CRP), que visa garantir outra vantagem juridicamente protegida. Acresce que o meio de prova também pode influir no exercício do direito substantivo, seja porque alguns meios de prova têm funções substantivas, como é o caso da forma *ad substantiam*⁸² (cfr.art.220º CC), sem a qual os atos ou negócios jurídicos são inválidos, seja porque eles comprovam direitos e deveres jurídicos no plano substantivo (*forma ad probationem*, cfr.364º/2 CC). No caso dos cheques, o portador apresentando ao banco para pagamento o cheque (arts.28º e ss. LUC), é com a exibição desse meio de prova (documento representativo do título de crédito) que se viabiliza o exercício e aproveitamento das utilidades conferidas pelo direito substantivo.

Se o meio de prova permite o exercício do direito no momento substantivo, então, é um meio de exercício do direito. Veja-se, por exemplo, os arts.63º do CSC e 37º do CCom: as

⁷⁸ Isto é, uma gestão conforme ao interesse e vontade, real ou presumível, do *dominus* (art.466º CC).

⁷⁹ A conservação de certos documentos integra uma garantia importante para as relações negociais e das realidades pós-negociais, permitem a estabilidade e diminuem a conflitualidade (são importantes para activar as garantias negociadas; para prestar contas).

⁸⁰ Sobre o direito à prova *vide* LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI, MICHELE TARUFFO, *Lezionio sul processo civile, I. Il processo ordinario di cognizione*, 5º edição, Bolonha, editora il Mulino, 2011, pp.462 e ss. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, *cit.*, pp.228-234; RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, *cit.*, pp.71-77. O Tribunal Constitucional no Acórdão nº86/88, processo nº 235/86 [MESSIAS BENTO], disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880086.html>, já teria reconhecido um direito (retirado do acesso aos tribunais) das partes oferecerem provas, controlar as provas do adversário e discutir o valor e resultado de umas e outras. O direito à prova prevê um conjunto de consequências: por um lado é uma garantia do processo, que permite tutelar a igualdade das partes (ambas podem oferecer e discutir meios de prova, cfr.art.4º CPC) e possibilidade de contraditório (todas as provas oferecidas devem ser objeto de resposta da parte contrária, cfr. arts.3º e 415º CPC). Por outro lado, o direito à prova permite que o Tribunal valore todas as provas fornecidas pela parte, de modo a conseguir a acautelar o seu interesse e pretensão apreciados em juízo.

⁸¹ Defendeu, igualmente, RUI PINTO, que o direito à tutela jurisdicional, acolhido no art.20º/1, pode assumir uma função material de garantia dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos cfr. RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar*, *cit.*, pp.59-68, 316-324 e 389-400.

⁸² ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado, volume III artigos 487.º a 549.º*, *cit.*, p.240.

deliberações societárias são acompanhadas, normalmente, da elaboração de atas das assembleias que as provem. Também aqui parece resultar um dever de conservação da ata, pela qual se prova a deliberação, visto que sem ela: tanto os sócios/acionistas que se quiserem aproveitar do deliberado, por exemplo, distribuição dos lucros, como os gerentes ou administradores da sociedade que pretendam executar determinada política deliberada pelos sócios, ou para fazer valer um direito seu constituído pela deliberação, não o poderiam. Mais uma vez, a ata é meio de prova da deliberação e o exercício do direito do sócio/acionista dependa dela.

Antes de concluir, há que abordar uma questão importante. Se é verdade que a conservação de meios de prova é um dever, como é que tal dever se coaduna com os direitos que a contraparte possa ter sobre a coisa (v.g. direito de propriedade)⁸³? Na verdade, a ocorrência de um âmbito de previsão de um direito colidir com a previsão de outro direito ou dever não permite negar a existência de nenhum deles. O Direito é, no fundo, uma conjugação de vários interesses, por vezes, contraditórios entre si⁸⁴. Se a contraparte for titular de um direito sobre o meio de prova e concomitantemente é obrigada a conservá-lo, a questão poderá ser resolvida com o recurso ao regime de conflito de direitos (art.335º CC), ou abuso de direito (art.334º CC), consoante o entendimento da posição ativa do onerado⁸⁵, devendo inevitavelmente ser cumprido o princípio da proporcionalidade (art.18º/2 CRP)⁸⁶. Tal como o referimos a propósito do dever processual de cooperação, só existirá ilicitude se o direito da contraparte ceder perante o direito contrário.

⁸³ Neste ponto é particularmente interessante o acórdão da Relação de Lisboa no acórdão 20.nov.2008, processo nº1346/2008-6 [MÁRCIA PORTELA], consultável via <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/14652c2efe6cf1018025753800651c60>, onde autor veio a pedir uma indemnização por infiltrações causadas no seu prédio, pelo prédio contíguo dos réus. O autor levou a cabo várias obras, não tendo conseguido eliminar as infiltrações e os réus também realizaram obras de reparação. Na primeira instância a ação foi julgada improcedente e o autor recorreu, argumentando que a realização de obras pelos réus dificultou a prova da existência de infiltrações. A argumentação não convenceu a Relação, e sustentou o Tribunal que “sempre se dirá que os recorridos são livres de fazer as obras que entenderem na sua propriedade, como, aliás, reconhece o recorrente (...) O A. não diz nem afirma que os RR. fizeram as obras para esconder as infiltrações. Eles fizeram as obras para acabar com as infiltrações. Mas esse acto teve uma consequência em termos de prova. Ora, precisamente, trata-se de situação em que a prova temporal deixou de ser possível por efeito da acção dos RR. e que aproveitou aos RR”.

⁸⁴ Aliás, os próprios direitos fundamentais da nossa Constituição são caracterizados pelas suas amplíssimas previsões. Não é de admirar que o epicentro da disciplina de Direitos Fundamentais se situe nos conflitos de normas e no estudo do princípio da proporcionalidade.

⁸⁵ E consoante os conceitos de ilicitude e de abuso adotados. Para a distinção, *vide* FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997, pp.526-529.

⁸⁶ Conforme refere o acórdão do STJ 18.set.2018, processo nº 4964/14.9T8SNT.L1.S3 [PEDRO DE LIMA GONÇALVES], consultável via <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/00abb446417d50180258314004d0163?OpenDocument>, “A colisão de direitos, ainda que de diferente natureza, deve ser resolvida pelo princípio da concordância

Em suma, o meio de prova permite: 1) o exercício do direito através da decisão judicial, pela prova produzida; 2) o exercício do direito no próprio momento substantivo. A primeira situação dará azo a **dever de conservação direto**, estando em causa, na segunda situação, um **dever de conservação indireto**⁸⁷.

4.1.2.1. Ilicitude não resultante da violação do dever de conservação da prova

A impossibilidade de prova pode resultar de outras condutas ilícitas que não a de conservar meios de prova. O caso mais frequente diz respeito à violação do dever de fundamentação do ato administrativo (art.152º CPA), sem o qual se desconhecem as razões que levaram a administração a proceder, causando, em consequência, a impossibilidade da impugnação do ato com sucesso. A jurisprudência tem invertido o ónus da prova com base na omissão do dever de fundamentação⁸⁸, sendo bastante o elucidativo o acórdão do STA de 10.jul.2013, processo nº0979/13 [ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA]⁸⁹ quanto ao desvio de poder, em que se refere que, sem fundamentação «torna-se impossível aferir de uma forma direta qual o fim real do mesmo, isto é, qual o motivo principalmente determinante da cessação da requisição do ora recorrente».

prática consagrado no art. 18.º, n.º 2, da CRP, o que demanda uma ponderação judicial casuística, com consideração também do princípio da proporcionalidade”.

⁸⁷ A nomenclatura usada por nós na adjectivação do dever de conservação, como direto e indireto, relaciona-se com a ligação à funcionalidade como meio de prova, que no âmbito da relação processual é direta, e no âmbito do exercício dos direitos no plano do substantivo do comércio jurídico é indireta, integrando o próprio conteúdo da posição jurídica substantiva.

⁸⁸ STA.1.out.2008, processo nº063/08 [ANGELINA DOMINGES], acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/49e643c418b0b0bd802574dd0036d72b> ; STA.3.mai.2007, processo nº029420 [CÂNDIDO DE PINHO], acessível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e38c2a0d330aed54802572db0038aff0>, que passamos a citar «[e]fectivamente, impõe-se aqui uma inversão das regras gerais do ónus da prova, nos termos do artº 344º nº 2 do Código Civil, pois, como se infere do acima exposto, a Administração, ao não fundamentar os motivos da cessão da comissão de serviço do Autor, que no exercício da mesma se comportou com zelo, dedicação e obtenção de resultados positivos, impossibilitou-lhe a possibilidade de provar algo mais, ou seja, em última análise, o que ainda restasse provar quanto ao erro dos pressupostos de facto da decisão de pôr termo à comissão de serviço do Autor».

⁸⁹ <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/df5fd0a1484c6c8680257bb900476148>.

4.2. Conduta Culposa

4.2.1. Culpa da contraparte

No art.344º/2 CC, o legislador refere-se a uma conduta que *culposamente* tenha tornado impossível a prova ao onerado. A culpa é um juízo de censura ao agente por ter adotado a conduta que adotou e abrange as formas de dolo e negligência⁹⁰. Na forma do dolo, o agente teve intenção de praticar o facto, enquanto que na negligência, o agente não tem essa intenção, mas viola deveres de diligência a que estava obrigado. Neste âmbito, o legislador não distinguiu as formas de culpa no artigo 344º/2 CC. De todo o modo, questiona-se se a inversão do ónus da prova se pode dar em caso de negligência da contraparte, visto que há quem pondere tratar-se de uma sanção demasiado pesada. No acórdão da Relação de Lisboa 19.fev.2008, processo nº 7371/2007-1 [MARIA ROSÁRIO BARBOSA] é referido que «A "inversão do ónus da prova" surge, assim, como uma forma de sanção civil, punitiva de uma ilicitude civil, que, inclusive, pode revestir enquadramento penal, sob a tipificação dos crimes de desobediência ou de falsas declarações». Salvo o devido respeito, não entendemos que se trata (apenas) de uma sanção. Ainda que defendamos a existência de uma situação de ilicitude e, tal como referido *supra*, a *ratio legis* é a *justa (re)distribuição do ónus de prova*⁹¹, pelo que não é exigível que a parte onerada sofra o risco da ação, quando a contraparte lhe causou culposamente a impossibilidade de prova⁹².

A conduta negligente continua a ser censurável pelo Direito. É no Direito Penal que a distinção entre a negligência e dolo tem um peso maior, dado que existem crimes que não são puníveis pela negligência. Diferentemente, no Direito Civil, a negligência vê associadas as mesmas consequências que o dolo. Com efeito, o legislador civil promove a diligência e este aspeto nota-se quando, na responsabilidade civil, o critério é a diligência de um bom pai de família (art.487º CC). Um dos poucos casos em que tal não se sucede é o da redução equitativa do montante indemnizatório (art.494º CC), porém, a imputação de responsabilidade mantém-se intacta.

⁹⁰ Sobre o conceito de culpa a propósito da responsabilidade civil *vide vide* ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, volume I, cit.*, pp.575-600 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume I..., cit.*, pp.280-287.

⁹¹ *Supra* (2.).

⁹² Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material), cit.*, pp.102 e 111.

Concluindo, visto que o legislador não distinguiu quando se referiu à culpa, a negligência, por regra, tem as mesmas consequências civis que o dolo, então, estão abrangidas as formas de culpa do dolo e da negligência⁹³. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁹⁴, RUI RANGEL⁹⁵, VAZ SERRA⁹⁶ também consideram que se abrange a negligência.

Contudo, em casos em que a contraparte manifesta uma culpa bastante diminuta, de menor grau, em obediência ao princípio da proporcionalidade pode não ter de operar a inversão do ónus de prova (art.18º/2 CRP).

4.2.2. Culpa da contraparte pela atuação de terceiro?

Analisada a culpa da contraparte em geral, resta saber se esta pode ver o ónus da prova invertido contra si devido a factos cometidos por outrem. Efetivamente, pode a contraparte ter confiado a terceiro a guarda de meios de prova relevantes.

As consequências da viciação de prova por terceiro podem ser distintas se: 1) A contraparte tem culpa na atuação de terceiro; 2) A contraparte não tem culpa na atuação de terceiro.

A contraparte será culpada pela atuação de terceiro, se tiver culpa na atuação deste enquanto auxiliar seu, se o tiver instigado à destruição dos meios de prova, ou, tendo atuado em coautoria (cfr.art.490º CC), ou ainda, atuado em autoria mediata⁹⁷. No que toca à culpa da contraparte pela atuação dos seus auxiliares, fala-se de *culpa in instruendo*, *culpa in eligendo*, e de *culpa in vigilando*⁹⁸. Nestas situações opera a inversão do ónus de prova e passa a contraparte

⁹³ Também a jurisprudência norte-americana não apresenta problemas em abranger a negligência, cfr.A. BENJAMIN SPENCER, *The Preservation Obligation Regulating and Sanctioning Pre-Litigation Spoilation in Federal Court*, cit., pp.2014-2016.

⁹⁴ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, cit., p.226.

⁹⁵ RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., p.187.

⁹⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., p.101-111.

⁹⁷ Para uma noção destes conceitos, vide JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 2º edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp.775-822. Adaptando estes conceitos ao nosso problema, na instigação, a contraparte convence o terceiro a voluntariamente prejudicar o meio de prova; na autoria mediata, a contraparte, ou coage o terceiro, ou induz-lho em erro, levando a prejudicar o meio de prova involuntariamente, por exemplo, pedindo para destruir documentos, alegando que não têm qualquer utilidade; na coautoria, existe uma execução conjunta, por parte da contraparte e do terceiro, na destruição ou deterioração do meio de prova.

⁹⁸ Sobre a noção de *culpa in instruendo*, *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*, vide CLÁUDIA MADALENO, *Responsabilidade obrigacional objetiva por fato de outrem*, Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2015, Tese de doutoramento, pp.521-530.

a ficar onerada com o ónus de prova dos factos cuja prova foi impossibilitada culposamente. Assim, salvo o devido respeito, discorda-se da conclusão proferida no acórdão da Relação do Porto de 29.out.2013, processo nº 1254/10.0TJPR.T.P1 [FRANCISCO MATOS]⁹⁹, segundo a qual a culpa tem de ser exclusiva da parte contrária¹⁰⁰. Efetivamente, o artigo 344º/2 CC, não tem como requisito a atuação exclusiva da contraparte, antes requer culpa e causalidade que, como se sabe, podem ser preenchidas pelas mais complexas vias (que já referimos).

Existe *culpa in instruendo* quando as instruções que a contraparte deu não foram aptas a conservar o meio de prova com segurança, por exemplo: o facto de não alertar o terceiro para a importância do documento pode já contribuir para esta culpa; também sucede que o meio de prova pode ser frágil ou verificarem-se circunstâncias especiais que impliquem uma cautela específica e a contraparte não fornecer as devidas informações. Quanto à *culpa in eligendo*, a contraparte tem culpa se escolheu alguém negligente ou inimputável, ou de quem não seja de esperar a devida conservação dos meios de prova, nos mesmos termos do art.1197º CC quanto ao contrato de depósito. Por fim, a *culpa in vigilando* existe quando o terceiro falha ao conservar o meio de prova devido à falta de supervisão da contraparte.

No segundo caso, onde a contraparte não tem culpa pela atuação de terceiro, parece-nos inadmissível a inversão do ónus da prova, visto que falta o pressuposto da culpa da contraparte. Em resultado da aplicação do art.344º/2 CC, o risco da frustração da prova corre pela contraparte em virtude de a circunstância subjetiva de esta ter causado a impossibilidade de prova, mediante a sua conduta ilícita e censurada pelo Direito. Ora, se a contraparte não tem qualquer juízo de censura, não se pode dar a inversão contra si. O mesmo raciocínio seguiu o acórdão do STA de 3.mai.2007, processo nº029420 [CÂNDIDO DE PINHO], em que os autores intentaram ação contra os titulares de órgãos responsáveis por alegado ato ilícito, e os documentos objeto de avaliação desapareceram, o que é imputável à administração. Deste modo, o STA entendeu que embora a administração tivesse causado culposamente a impossibilidade de prova aos autores, os réus que

⁹⁹ <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/221c3d359250686580257c37003ffa84>.

¹⁰⁰ No entanto, a referência à atuação exclusiva da contraparte foi feita num contexto em que, segundo o Tribunal, o onerado também teve culpa. De qualquer modo, refere o sumário “II – Se a impossibilidade de prova pelo onerado não resultar exclusivamente da actuação da parte contrária, não se verificam os pressupostos da inversão do ónus da prova”, o que parece ser uma afirmação mais abrangente.

eram titulares dos órgãos administrativos não tinham participação na culpa da administração, logo, a inversão não poderia dar-se contra os mesmos.

Em conclusão, não pode a contraparte sofrer objetivamente com a conduta de outrem, diversamente do sucede na responsabilidade objetiva pelos auxiliares do devedor (arts.800º e 1198º CC)¹⁰¹.

Todavia, o onerado fica desprotegido e não consegue obter a inversão do ónus da prova, assim im procedendo a sua pretensão. Neste caso, entendemos ser admissível que o onerado, que perde na ação, possa demandar o terceiro responsável, nos termos da *perda de chance*. Trataremos da questão *infra* (4.2.2.1.), porém, a título de síntese, o terceiro, ao viciar os meios de prova causou a impossibilidade de prova por parte do onerado, privando-o das vantagens que teria tido com a procedência da sua pretensão.

4.2.2.1. Perda de chance

Como referimos, para a inversão do ónus de prova, é requisito imprescindível a contraparte ter culpa na produção da impossibilidade de prova. Tendo a impossibilidade de prova sido causada por um terceiro, sem culpa da contraparte, não ocorre a inversão a cargo desta, conforme o art.344º/2 CC. Todavia, resta ponderar que atitude possível pode o onerado tomar numa outra ação, contra o terceiro causador da impossibilidade de prova.

Se sobre a contraparte impende um dever de conservação de meios de prova¹⁰², não é certo se esse dever também pode vincular um terceiro alheio àquela relação. Pelo menos, a lei esclarece que, no plano processual, o dever de cooperação também vincula de terceiros, devendo estes esclarecer as informações, fornecer documentos, e submeter-se aos exames que o Tribunal ordenar (art.417º/1 CPC). Se o terceiro não cooperar com as indicações do Tribunal, pode ser-lhe cominada uma multa (art.417º/2 CPC), porém, já não se aplica ao terceiro a inversão do ónus de prova visto que, não sendo parte, não incide sobre si qualquer ónus de prova.

¹⁰¹ Embora a doutrina alemã não negasse esta inversão na conduta culposa dos auxiliares cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, cit., pp.105-110.

¹⁰² *Supra* (4.1.).

No plano substantivo, o dever de conservação dos meios de prova pode ser entendido como um dever emergente do *direito à prova*, embora enquanto direito instrumental ao *direito ou posição jurídica ativa substantiva* da parte onerada com ónus da prova. Não se olvide o dever geral de conservação de coisas ou documentos relacionados com um direito resultante dos artigos 574º e 575º. No entanto, a amplitude deste dever deve ser bem medida, pois, sem restrições, qualquer terceiro que não conservasse determinados meios de prova relevantes para outrem, em completa ignorância do seu conteúdo, estaria a violar o referido direito à prova, e seria surpreendido com condenações em indemnização.

Afigura-se necessário encontrar um elo de ligação entre o terceiro e vínculo de conservação do meio de prova. Ao tratar-se de um terceiro, não vigora qualquer bitola de deveres específicos. Restam os deveres gerais de respeito pelas posições jurídicas de outrem. Em consequência, sobre o terceiro não impende um dever de diligência sobre determinados meios de prova. Não existe qualquer relação jurídica que o justifique, claro, salvo na situação dos artigos 574º e 575º do CC. Todavia, diferente é dizer que o terceiro pode, sabendo do conteúdo e importância do meio de prova, optar pela sua viciação, sem enfrentar quaisquer consequências.

A fronteira de licitude e ilicitude parece-nos surgir em situações que o terceiro, cumulativamente: 1) é investido na posse ou detenção do meio de prova; 2) obtém o conhecimento do seu conteúdo e importância para o onerado; 3) atua com dolo, viciando os meios de prova.

O Direito não é indiferente a quem opta dolosamente por lesar o direito, ou interesse legítimo de outrem, sem justificação. Neste âmbito, a inexistência de deveres específicos, resultantes de uma relação jurídica - salvo nos arts.574º e 575º CC e demais regras específicas - apenas nos permite falar de dolo. Perante a existência de direitos que não são normalmente cognoscíveis, a Ordem Jurídica não espera que terceiros conheçam ou procurem conhecer da sua existência, tal opção acarretaria um ónus excessivo e inexigível por parte destes¹⁰³. Assim, somente se institui um desvalor sobre a conduta lesante praticada por quem os conhece e ainda assim prefere o caminho danoso. Aliás, o legislador parece ter atendido a estas questões, dado que nas situações abrangidas pelos arts.574º e 575º pressupõe-se que o agente esteja investido na posse ou detenção

¹⁰³ Relacionado com esta análise, vide EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra, Almedina, 2003, pp.473-487, exigindo uma atuação lesiva com conhecimento do direito de crédito como pressuposto de responsabilidade civil aquiliana.

do meio de prova, como também pressupõe o conhecimento da importância dos documentos, visto que é com base nessa importância que a apresentação dos mesmos é requerida.

Só perante os três requisitos referidos pode o terceiro atuar em ilicitude, lesando o interesse do onerado. No entanto, é necessário que o enquadramento normativo legitime uma pretensão indemnizatória. Como referimos, o direito imediatamente lesado é o direito à prova (art.20º CRP), direito esse que é fulcral para o correto funcionamento da Justiça e da aplicação do direito substantivo, negar a importância deste direito é negar o Direito. Ainda assim, poderá argumentar-se que o direito à prova, ou, na sua vertente mais abrangente, o direito à tutela jurisdicional efetiva tenha apenas uma relevância adjetiva. Sucede que esta relevância adjetiva permite a efetividade dos direitos substantivos e evita que se tornem em meras pretensões de interesse, para sempre esquecidas. Visto que o direito à prova permite a realização de um direito substantivo, uma violação ao primeiro, implica uma violação ao segundo, e não se esqueça de todos os aspetos substantivos dos meios de prova, sendo os mesmos, por vezes, modo de exercício de um direito¹⁰⁴. Desta forma, se o direito substantivo visado pelo direito à prova for um direito oponível *erga omnes*, um direito real ou um direito de personalidade enquadrar-se-á na previsão normativa da responsabilidade aquiliana (art.483º CC). Por outro lado, se o direito acautelado for um direito de crédito, classificado pela doutrina como um direito relativo, oponível apenas *inter partes*¹⁰⁵, a doutrina apresenta dificuldades em incluí-lo na proteção geral da responsabilidade aquiliana, restringindo o ressarcimento de lesões obrigacionais à responsabilidade obrigacional do devedor (art.798º CC)¹⁰⁶. Todavia, além de existirem teorias não restritivas da tutela aquiliana aos direitos

¹⁰⁴ Documento representativo de um cheque ou a ata de deliberação societária, *supra* (4.1.2.).

¹⁰⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume I..., *cit.*, pp.87-89.

¹⁰⁶ A este respeito *vide* MARIA DE LURDES PEREIRA, *O que a Eficácia Externa das Obrigações é e não é. Código Civil/ Cinquentenário. II*, Coimbra, Almedina, 2019, pp.347-388.

absolutos^{107,108,109}, estará sempre salvaguardada a responsabilidade do terceiro por abuso de direito (art.334º CC)^{110,111}.

Vistas as condições da existência do dever de conservação prova por parte de terceiro, importa aferir quais as consequências da sua violação, quando as mesmas não sejam de imputar à contraparte.

Se a ação originária entre o onerado e a contraparte fracassa para aquele, devido à conduta ilícita e culposa do terceiro, que causou a impossibilidade de prova, é de ponderar se o onerado pode demandar o terceiro em ação autónoma, reclamando uma indemnização por perda de chance. A temática da perda de chance tem dignidade suficiente para um tratamento profundo, o qual não nos é conveniente conferir nesta investigação. Fiquemo-nos, logo, por destacar o essencial à nossa tomada de posição no que respeita à admissibilidade da figura e relativamente à sua aplicação no nosso caso.

As situações de perda de chance referem-se à perda de oportunidade de realizar um ganho ou de evitar um prejuízo, porém, sem que se possa apurar, com certeza, se esse ganho teria realmente sido realizado ou se esse prejuízo teria sido evitado, apenas se sabendo que o lesado viu frustradas ‘chances’ ou oportunidades correspondentes”¹¹². Um dos casos mais frequentemente discutidos é o da perda de chance processual, tendo o advogado sido negligente nas diligências

¹⁰⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VI Direito das Obrigações: Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp.392-430, aliás, até defendendo a responsabilidade no caso do terceiro que destrua as condições materiais para o credor exercer o seu direito, *máxime*, destruindo documentos (*ibidem*, p.426, nota 1516).

¹⁰⁸ Defendendo que um dever geral de respeito “existe para toda e qualquer situação jurídica activa juridicamente relevante” RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar*, *cit.*, pp.415-416.

¹⁰⁹ É de destacar o estudo de EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, *cit.*, pp.446-552 e 572-585, que sustenta a existência de responsabilidade civil de terceiro que viola o direito de crédito desde que preenchidos os pressupostos do art.483º, embora estes tenham de ser mais restritos atendendo à natureza da situação (v.g. exige-se o conhecimento do crédito).

¹¹⁰ Neste caso, não é necessário que o terceiro esteja a exercer abusivamente um direito subjetivo, quando vicia os meios de prova, para que se considere existir abuso de direito nos termos art.334º CC. Neste sentido, defendendo que o abuso de direito (art.334º) não se restringe ao exercício abusivo de direitos subjetivos, aplicando-se também a liberdades, ou quaisquer atos de exercício de autonomia privada, cfr. FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, *cit.*, pp.577-581 e 616-622. Defende o mesmo autor que uma das consequências do abuso de direito é a responsabilidade civil (*ibid*, pp.354-357 e 637-646).

¹¹¹ Sustentando a responsabilidade de terceiro por violação de direitos de crédito em casos evidentemente graves, por via da cláusula de abuso de direito (art.334º CC) LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume I...*, *cit.*, pp.90-91.

¹¹² PAULO MOTA PINTO, *Perda de chance processual. Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra, a.145 n.3997 (mar.-abr. 2016), pp.174-175. Para um enquadramento do tema, vide JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o dano da perda de chance. Direito e Justiça*. Lisboa, V. 19, T.2 (2005), pp.9-24.

processuais, por exemplo, por não ter contestado atempadamente as pretensões da parte contrária, acabando o cliente por perder a *chance* de obter uma decisão favorável.

A perda de chance gera dúvidas por faltar um dano certo¹¹³ e por assentar em hipóteses de causalidade duvidosa entre a lesão e o dano¹¹⁴. Sobre este tipo de responsabilidade, têm sido propostas duas soluções: 1) a autonomização do dano de *chance*; 2) a não autonomização do dano de *chance*, e a tutela do dano final.

De acordo com a autonomização, a *chance*, é, em si, o dano, e a indemnização é atribuída em função da probabilidade de a *chance* se converter no resultado favorável para o lesado¹¹⁵. O resultado favorável não obtido é separado da chance da sua verificação. Porém, não se concorda com esta posição, visto não ser coerente falar de autonomização. É que, se o dano de *chance* é calculado em função da probabilidade de alcançar o resultado favorável, ficará sempre refém do horizonte do resultado final¹¹⁶. Depois, seguindo este raciocínio, esta autonomização permite indemnizar a *chance*, por mais baixa que seja a probabilidade do resultado final se verificar, o que é contrário à exigência do *dano certo* e *causalidade*. Se a probabilidade é baixa, a *chance* não tem relevância, nem qualquer causalidade.

Com as críticas assumidas, a doutrina vem a considerar apenas as *chances* com probabilidade de sucesso razoável¹¹⁷ (mais de 50%), por exemplo, deve tratar-se de uma probabilidade razoável de vencer o processo perdido, não fosse a negligência processual do advogado.

¹¹³ Exigindo que o dano seja direto e certo, cfr. PHILIPPE LE TOURNEAU, LOÏC CADIET, *Droit de la Responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, pp.184-185.

¹¹⁴ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o dano da perda de chance*, cit., p.25; PAULO MOTA PINTO, *Perda de chance processual*, cit., p.176; “Também aqui se concluindo não relevar a teoria em apreço, a da perda de chance, por esta, desde logo, não estar, in casu, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos danos.” Cfr. acórdão do STJ de 30.mai.2005, processo n.º 2531/05.7TBBRG.G1.S1 [SERRA BAPTISTA], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5116ff7512defe4d80257b7b004c82d0>.

¹¹⁵ Assim, se o lesado perdeu a *chance* de ganhar 10.000,00€, numa probabilidade de 20%, teria de ser indemnizado em função dessa probabilidade, isto é, 2.000,00€.

¹¹⁶ Cfr. JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o dano da perda de chance*, cit., pp.25, 30-32: “mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação, e isto porque o prejuízo da perda de chance se insere num processo dinâmico que iria, eventualmente, desembocar num outro prejuízo definitivo”.

¹¹⁷ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, volume I...*, cit., pp.308-309; RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, a.73 n.4 (out.-dez. 2013), pp.1304 e 1328. Num tom crítico destas configurações, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o dano da perda de chance*, cit., pp.40-45.

Com estes fundamentos, entendemos que a opção pela não autonomização é a correta. A perda de chance é relevante, tendo em conta as utilidades a que esta oportunidade se refere. Com efeito, tanto na perda de chance por ausência de contestação, como na hipótese em análise, em que o terceiro impossibilita culposamente a prova do onerado (no processo entre este e a contraparte), o dano é determinado ou determinável, pois, diz respeito às vantagens não obtidas, ou desvantagens sofridas, em consequência da decisão judicial desfavorável¹¹⁸. Também, não se prescinde da causalidade se se demonstrar que, não fosse a conduta do lesante, o lesado teria uma probabilidade considerável de vencer a ação originária. A ação do lesante reproduz, deste modo, a criação ou elevação ilícita do risco de materialização do dano final¹¹⁹. Neste sentido, PAULO MOTA PINTO sustenta que deve estar em causa uma chance real e séria de que a ação seria decidida a favor do lesado, através de um julgamento dentro de um julgamento, apurado segundo o estado da jurisprudência à data em que o recurso teria sido decidido e as decisões tomadas em casos idênticos, como teriam sido decididos os recursos¹²⁰. Menos exigente é RUI CARDONA FERREIRA, segundo o qual basta a probabilidade no limiar dos 50%, desde que represente uma probabilidade de obtenção de ganho de causa na ação originária¹²¹.

Normalmente, a prova do preenchimento destes pressupostos caberia ao lesado. Nesta ação contra o terceiro, o dano representa as vantagens não obtidas pela decisão judicial desfavorável. Devendo o Tribunal realizar um julgamento dentro do julgamento, apurando se o onerado (na ação originária) teria vencido a causa, não fosse a intervenção do terceiro. No entanto, o onerado não consegue provar que venceria o julgamento originário, precisamente porque o terceiro impossibilitou culposamente a prova. A lei é clara, se o onerado (vencido na ação originária) precisava dos meios de prova, viciados culposamente pelo terceiro (agora contraparte) para demonstrar que a ação lhe teria sido favorável... o ónus da prova inverte-se contra este nos termos do art.344º/2, devendo este provar de que a derrota processual não foi causada por si. Deve

¹¹⁸ Por outras palavras, se o onerado é autor ou réu reconvinte, o dano é composto pelas vantagens não atribuídas ou não reconhecidas que constituem o seu pedido, em virtude da decisão judicial, por exemplo, o montante indemnizatório pedido. Já se o onerado for o réu ou autor reconvindo, o dano é composto pelas desvantagens decorrentes da decisão favorável à sua parte contrária, por exemplo, o montante indemnizatório que o onerado é condenado a pagar.

¹¹⁹ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, cit., p.1325.

¹²⁰ PAULO MOTA PINTO, *Perda de chance processual*, cit., pp.192-201.

¹²¹ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, cit., p.1328.

sublinhar-se que o art.344º/2 não discrimina o momento que em a parte contrária culposamente tornou impossível a prova ao onerado, bem podendo ser anterior à propositura da lide. De todo modo, não fica o onerado na ação originária dispensado do ónus de provar a impossibilidade de prova, a ilicitude e culpa do terceiro.

4.2.3. O ónus de prova da conduta culposa

Como dissemos, por regra, incumbe o ónus da prova dos factos constitutivos da inversão, prevista no art.344º/2 CC, a quem a pretende desencadear, o que englobaria todos os seus pressupostos de aplicação, inclusive a conduta culposa.

Decorre, no entanto, uma solução diferente no nosso Código de Processo Civil. Quando se alega que alguém possui um documento com interesse para a decisão a causa, o Tribunal ordena a sua notificação para apresentação do documento (art.429º/1 CPC), e, se o notificado declarar que não possui o documento, o requerente é admitido a provar, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade (art.431º CPC). De ambas disposições podemos extrair que a parte com interesse na apresentação do documento deve convencer o Tribunal da sua *existência*, a sua *relevância* (pressupostos do nexo de causalidade)¹²² e ainda, que o documento se encontrava na posse na contraparte.

Estando estes três aspetos verificados ou, pelo menos, tudo indica que o legislador procedeu nesse pressuposto - documento existir, ter relevância e estar na posse da contraparte- pela redação dos arts.429º/2 e 431º/2 CPC¹²³, incumbe ao notificado demonstrar que, sem culpa sua, o documento desapareceu ou foi destruído.

Todavia, além dos documentos, a contraparte pode estar em condições de viciar ou destruir outros meios de prova, concretamente, coisas móveis ou imóveis relevantes para a decisão da causa. Sucede que tanto os documentos, como as coisas móveis ou imóveis, ao abrigo da livre

¹²² *Infra* (4.4.).

¹²³ De acordo com o art.429º/2 CPC «se os factos que a parte pretende provar tiverem interesse para a decisão da causa, é ordenada a notificação», o julgador afere da existência e pertinência do documento e se concluir pela positiva ordena a notificação. De igual modo, no art.431º/2 CPC, ao referir que “incumbe ao notificada que haja possuído documento” pressupõe que o notificado possua um documento relevante.

convicção do julgador (art.607º/5 CPC) e respeitadas as restrições legais (art.364º e 393º CC), podem desencadear quaisquer um dos graus de convencimento do Tribunal, desde que a fundamentação se cinja em máximas de experiência e justificada argumentação (art.607º/3,4 e 5 CPC). Sendo a razão desta disposição a *existência de um documento enquanto meio de prova relevante na posse ou detenção da contraparte*, não existe justificação para excluir outros meios de prova relevantes na posse ou detenção da contraparte. Logo, entendemos que a norma do art.431º CPC é aplicável por analogia aos restantes meios de prova, pois os fundamentos são os mesmos.

4.3. Impossibilidade de prova

4.3.1. Generalidades

A inversão do ónus da prova circunscreve-se aos factos cuja prova se tornou impossível, por culpa da contraparte. Para tal inversão suceder, os factos impossibilitados devem integrar o objeto da prova¹²⁴. Significa isto que se devem tratar de factos relevantes e controvertidos. No que respeita à relevância, deve a mesma ser lógica, no sentido de se excluïrem factos inúteis para o processo¹²⁵, e ser normativa, sendo relevantes os factos que sejam suscetíveis de provar factos integrantes de previsões normativas que as partes no processo pretendam ver aplicadas¹²⁶. Por outro lado, os factos controvertidos são factos não admitidos por acordo (arts.574º/2 e 587º CPC) e factos não confessados por revelia (arts.567º e 568º CPC), não sendo também factos notórios

¹²⁴ De acordo com a Relação de Lisboa no acórdão 20.nov.2008, processo nº1346/2008-6 [MÁRCIA PORTELA], “[n]ão pode ocorrer inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344º, nº 2, CC., com base em factos que não constituam o objecto do processo”; o acórdão da Relação do Porto, 10.fev.2005 processo nº 0530134 [FERNANDO BAPTISTA], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/45e198a6a09acf1c80256fb0004e831b>].

¹²⁵ Diz-se *frustra probatur quoad probatum non relevat*, isto é, é inútil provar aquilo que para o processo seja inútil, cfr. MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, cit., p.365, LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI, MICHELE TARUFFO, *Lezionio sul processo civile, I. Il processo ordinario di cognizione*, cit., p.459 e também RAYMOND EMSON, *Evidence*, 2º edição, Gales, Palgrave Macmillan, 2004, pp.29-30.

¹²⁶ Utilizando a teoria normativa de ROSENBERG (LEO ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit., pp.123 e ss e 132 e ss.). Assim, relevante é o facto que integra a *factispecies* do direito que se pretende valer cfr. FRANCESCO LUISO, *Diritto processuale civile, II Il Processo Di Cognizione*, 7º edição, Milão, Giuffré Editore, 2013, p.90,

(412º/1 CPC), ou factos conhecidos pelo Tribunal em virtude do exercício da sua função (art.412º/2 CPC).

Até aqui focaram-se essencialmente factos principais, isto é, os factos que permitem o preenchimento de previsões normativas, sendo, por isso, decisivos para a procedência do pedido¹²⁷, tais como a celebração de um contrato numa ação de condenação em cumprimento, ou os factos que demonstram o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil (art.483º CC). Todavia, a contraparte poderá causar a impossibilidade da prova de factos instrumentais (art.5º/2 al. a) CPC). Iremos, por isso, analisar se a impossibilidade daqueles factos poderá dar azo à inversão de prova do art.344º/2 CC¹²⁸.

4.3.2. Impossibilidade ou dificuldade de prova?

O art.417º/2 CPC prevê como consequência da violação do dever de cooperação a livre apreciação do comportamento faltoso. Porém, o mesmo regime ressalva a inversão do ónus de prova se se verificar uma situação de impossibilidade de prova. As consequências da conjugação do regime aparentam-se incompatíveis. Em resposta, entendeu-se que a consequência da livre apreciação do comportamento (art.417º/2 CPC) aplicar-se-ia nas situações de mera dificuldade de prova. Por outro lado, a inversão do ónus da prova (art.344º/2 CC *ex vi* do art.417º/2 CPC) dá-se quando ocorra a impossibilidade de prova¹²⁹. É a posição maioritária, defendida nos seguintes acórdãos: STJ.29.jun.1999, processo nº99A481 [GARCIA MARQUES]; STJ 20.fev.2001 processo nº01A4054 [FERREIRA RAMOS]¹³⁰; RL.19.fev.2008, processo nº 7371/2007-1 [MARIA ROSÁRIO BARBOSA], RL.5.junho.2008, processo nº3861/2008-6 [FÁTIMA GALANTE].

¹²⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., p.123; RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2018, pp.46-58; CARLOS LOPES DO REGO, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p.200.

¹²⁸ *Infra* (4.3.4.).

¹²⁹ RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, cit., pp.187-188.

¹³⁰ Pode ler-se do sumário do acórdão: “I - Não é mera dificuldade de provar um facto que provoca a inversão do ónus da prova. Esta só se verifica quando a prova fica totalmente coarctada, o que não ocorre quando o requerente prescinde da diligência de exame à letra da requerida no caso de ela ter faltado por duas vezes para realização da recolha de letra e assinatura para o exame, não obstante ter sido para tanto notificada, mas inexistindo prova acerca das razões da não comparência da requerida à diligência, sendo que entre o requerimento para ser feito o exame e a desistência do mesmo mediaram cerca de quatro meses e meio”.

De facto, restringindo o âmbito do art.344º/2 CC à *impossibilidade* e o art.417º/2 CPC para a *mera dificuldade*, beneficiaríamos de uma separação lógica dos regimes, sobrevivendo um sentido útil à parte final do art.417º/2 que ressalva a inversão do ónus da prova.

Sobre a noção de dificuldade, a doutrina refere-a através de exemplos, salientando que os problemas emergentes das dificuldades probatórias devem ser resolvidos com recurso às presunções judiciais¹³¹, ou defendendo a atenuação no grau de convicção exigido pelo julgador, atentas as dificuldades e desigualdades entre as partes¹³². Costumam ser dados os exemplos: da prova de facto negativo¹³³, prova de estados subjetivos dos sujeitos¹³⁴, prova dos defeitos na responsabilidade do produtor, prova de que o bem de consumo não tinha defeito quando colocado em circulação passados alguns anos¹³⁵, prova da discriminação em local de trabalho¹³⁶.

Contudo, temos dúvidas quanto à clareza da distinção dos conceitos de *impossibilidade* e *dificuldade*. Terá toda a dificuldade o mesmo grau? A impossibilidade é absoluta? Em que termos? Estes serão físicos ou científicos?

Ensaieemos uma primeira tentativa de definição de impossibilidade pela formulação negativa: **a prova será impossível se, pelos meios de prova disponíveis, não é possível provar o facto pretendido**. Ora, essa *não possibilidade* não será idêntica à situação de dificuldade, segundo a qual, restam meios de prova, com uma probabilidade mínima de sucesso, mas muito diminuta? O desfecho não será o mesmo? O não convencimento do julgador?

Vejam os seguintes exemplos: 1) Imagine-se que A e B celebram um contrato, B queima todas as suas cópias. Supondo que não se aplicam as restrições de meios de prova (*ad probationem*)

¹³¹ ELIZABETH FERNANDEZ, *A prova difícil ou impossível...*, cit., pp.832-834.

¹³² MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica*, cit., pp.140-141; PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*, pp.14-16 e pp.25-26 [consult.01.mar.2019], disponível em https://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova.

¹³³ PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., p.774-775. Esta dificuldade pode ser atenuada, em certos casos, provando-se um facto positivo que o demonstre respetivamente cfr.MICHELE TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., p.749, por exemplo, se o facto que se pretende provar é “o réu não esteve em Lisboa durante todo mês de janeiro” é possível a sua demonstração através da prova do facto positivo “o réu esteve em França durante todo o mês de janeiro.

¹³⁴ PAOLO CENDON, PATRIZIA ZIVIZ, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, cit., p.773-774.

¹³⁵ SALVATORE PATTI, *Ripartizione dell'onore, probabilita e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, cit., p.706.

¹³⁶ VITTORIO DENTI, *L'inversione dell'onere della prova : rilievi introduttivi*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão, a.46n.3(setembro 1992), pp.710-713.

ao contrato, A, credor, estará em situação de dificuldade ou de impossibilidade? Em termos absolutos, A não enfrenta uma impossibilidade, visto que pode recorrer a outros meios de prova que não a prova documental, tal como a prova testemunhal. Suponha-se, porém, que existe uma única testemunha, sendo a mesma pouco credível¹³⁷. Não se pode dizer que a prova é totalmente impossível, pois, numa probabilidade menor, pode o julgador fundar a sua convicção na existência do direito de crédito; 2) Imagine-se, igualmente, que é averiguada a paternidade de B, desconfiando-se que A seja o pai. A mãe de B está morta, restando apenas pessoas suas conhecidas como testemunhas. A, recusa-se a realizar o exame de ADN. B não enfrenta uma impossibilidade absoluta, porém, encontrar-se privado de um meio de prova de alta fiabilidade.

Confirmada a pouca clareza entre a distinção de *dificuldade* e *impossibilidade*, a jurisprudência mais recente começou a equiparar as duas figuras: 1) STJ.31.mar.2009, processo nº09A197 [FONSECA RAMOS]¹³⁸, “À impossibilidade da prova, por actuação culposa da parte não colaborante para com o onerado, deve ser equiparada, [em termos de sanção do art. 344º, nº2, do Código Civil para que remete o art. 519º, nº2, do Código de Processo Civil], uma colaboração reticente ou parcialmente inviabilizadora da prova, desde que dessa falta de colaboração resulte, comprovadamente, fragilidade probatória causada pelo recusante, isto em homenagem ao princípio da colaboração – art. 266º do Código de Processo Civil e da boa-fé, seja na perspectiva processual, seja na perspectiva substantiva – art. 762º, nº2, do Código Civil”, posição retomada pelo RG.31.jan.2019, processo nº58/13.2TBMGD-A.G1. [ALCIDES RODRIGUES]¹³⁹; 2) RG.4.dez.2014, processo nº 572/09.4TBFAF.G1 [MANUEL BARGADO]¹⁴⁰, que define como pressupostos do art.344º/2 CC a *impossibilidade* ou *grave dificuldade* de prova.

Quando se procurou definir a *impossibilidade*, referiu-se a *não possibilidade* de provar os factos através de certos meios de prova disponíveis. Ora, as noções de *dificuldade* e de *impossibilidade, per si*, são vazias, elas definem-se pelo respetivo objeto. Trata-se de uma impossibilidade ou dificuldade de quê? Para este efeito, a *impossibilidade* ou *dificuldade* têm ambas, como objeto a probabilidade ou aptidão de um facto dar-se como provado pelo julgador,

¹³⁷ Ou porque é tendenciosa ou tem escassa razão de ciência sobre os factos.

¹³⁸ <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bfede20abac8aa788025758a0039738c>.

¹³⁹

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9fa1b6565a3d6c76802583a800338049>.

¹⁴⁰

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/a854cde3f48c624380257de1005b996f>.

sendo a diferença entre elas o grau dessa probabilidade ou aptidão. Assim, o conceito subjacente prende-se com a prova enquanto resultado, isto é, o sucesso na demonstração da realidade dos factos alegados¹⁴¹, assim se diz que determinado facto *foi provado*. Cabe referir que a prova enquanto resultado incide sobre o convencimento do julgador, que, embora exija um juízo de certeza razoável, não se trata de uma certeza matemática ou científica, absoluta sem qualquer contradição possível. A realidade que se pretende provar pertence ao *quid* do domínio do ser e de um acontecer histórico, realidades pretéritas, como tal, a sua reconstituição total e infalível não é possível. Assim, a convicção necessária do julgador deve revestir um grau alto de probabilidade, com critérios de razoabilidade e experiência, de modo a cumprir as necessidades de práticas de realização da justiça e da paz social¹⁴².

Em consequência, se a *impossibilidade* ou *dificuldade* têm como referência o conceito de prova enquanto resultado, e, incidindo o mesmo sobre o convencimento do julgador¹⁴³, **se este juízo não assenta sobre uma certeza matemática e absoluta, por maioria de razão, a impossibilidade não tem de ser absoluta ou matemática.**

Concluindo, como já se referiu, a distinção entre *dificuldade* e *impossibilidade* não é rígida e a diferença encontra-se no grau de probabilidade do insucesso da prova enquanto resultado. Se a dificuldade for de elevado grau, não existe razão para não a equiparar à impossibilidade, visto que a mesma não tem de ser absoluta. Em suma, existe impossibilidade se não existe qualquer hipótese, aptidão ou idoneidade de, com os elementos do processo, convencer o julgador, sendo equiparada à dificuldade alta ou grave (ou impossibilidade prática), por esta traduzir apenas uma escassa aptidão, praticamente irrealizável, de convencer o julgador. Nos restantes níveis de dificuldade, verifica-se a idoneidade que permite o convencimento do julgador, no entanto com um gradual esforço probatório.

¹⁴¹ Sobre o conceito de prova enquanto resultado *vide* MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil I*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1958, pp.179-181; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, *cit.*, pp.269-334; LEBRE DE FREITAS, *Ação Declarativa Comum: À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp.201-205.

¹⁴² MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, *cit.*, p.180; J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil I*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora. Limitada, 1985, pp.436-437.

¹⁴³ Em PAULA COSTA E SILVA, NUNO TRIGO DOS REIS, *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*, *cit.*, p.7, refere-se que a dificuldade de prova respeita à dificuldade de persuasão do espírito do julgador.

Deste modo, enquanto a impossibilidade representa o grau mais alto de probabilidade do insucesso da prova enquanto resultado, o modo como é essa impossibilidade é alcançada, isto é, saber que tipos de meios de prova, indispensáveis ou não, têm de ser afetados pela parte é, para nós, uma questão de nexo de causalidade e será discutida nesse ponto¹⁴⁴.

Sobrevive um problema. Se devemos ser flexíveis na distinção entre *impossibilidade* e *dificuldade de prova*, qual o efeito útil de o legislador fixar como uma das consequências a livre apreciação? Em primeiro lugar, defendemos que a dificuldade é uma questão de grau, podendo ser maior ou inferior. Perante casos em que o comportamento da contraparte obrigue a uma maior onerosidade e prolação do tempo, pela necessidade de produção ou apresentação de novos meios de prova, não está o onerado, propriamente, numa situação de facilidade probatória. Contudo, a sua dificuldade não é de alto grau, não sendo de a equiparar com a impossibilidade. Assim, a dificuldade de menor grau não é equiparável à impossibilidade.

De notar que nos casos em que ocorra um quadro de dificuldade de prova para a parte onerada, possibilitando ao julgador a livre apreciação sobre a conduta de recusa ou lesiva da parte sobre os meios de prova, deve precisar-se que este comportamento faltoso, por regra, sendo uma realidade ôntica completamente distinta do facto a provar, não constitui prova sobre os factos no qual incide o ónus da contra parte¹⁴⁵, apenas possibilita ao julgador mensurar em termos probatórios esse comportamento processual da parte faltosa. Com efeito, existe uma gama numerosa de comportamentos processuais dilatatórios que uma das partes pode abusar e usar para infestar a tramitação processual, lançando mão de expedientes de índole processual com sucessivos requerimentos, repetindo incidentes que insistentemente suscita, v.g. quer perante a composição das perícias colegiais, impugnando a nomeação dos peritos (suscitando incidentes de impedimentos), quer nos sucessivos pedidos de esclarecimento do resultado das perícias, requerendo novas perícias, tentando impedir a todo o transe que vingue o resultado da primeira perícia, sem que o Tribunal possa valorar em termos probatórios esses comportamentos, exceto na tributação desses incidentes e no apuramento da litigância de má fé. Porém, o art.417º/2 do CPC vem possibilitar ao Tribunal a avaliação probatória do comportamento de recusa da parte, assim

¹⁴⁴ *Infra* (4.4.).

¹⁴⁵ Neste sentido afirma MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: “o princípio de prova não é suficiente para estabelecer, por si só, qualquer prova, mas pode coadjuvar, em conjugação com outros elementos, a prova de um facto” cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, cit., p.203.

inviabilizando a concretização de um meio de prova, apreciando-o livremente esse comportamento, o que, como princípio de prova, por regra, pouco poderá adiantar para a prova do facto que discussão, contudo, esse comportamento associado a outros comportamentos da parte faltosa, poderá, no limite estabelecer presunções que permitam um juízo probatório.

Os conceitos de impossibilidade ou dificuldade, como se referem ao não convencimento do julgador, devem ser aferidos logo que se suscitem os quadros de impossibilidade ou de dificuldade. Perante a distorção provocada nos meios de prova que existiam previamente e que ficaram comprometidos, a subsequente aferição pelo julgador sobre as possibilidades e recursos probatórios subsistentes da parte onerada, supõe, necessariamente, um certo nível de antecipação sobre as remanescentes possibilidades probatórias. Concretamente, se os meios de prova subsistentes se reconduzem à inquirição de 2 ou 3 testemunhas, parecendo razoável, que o juiz seja informado sobre os “costumes” dessas testemunhas, ou seja, os parâmetros de credibilidade das mesmas, se têm relações de amizade com alguma das partes ou se têm algum interesse direto na lide; mas igualmente importante, qual a sua razão de ciência, se têm conhecimento direto dos factos, ou se são de “ouvir dizer” (depoimentos indiretos). Esta antecipação nunca significará o acesso prévio ao depoimento da testemunha.

Por conseguinte, a consequência da livre apreciação fixada no art.417º/2 CPC, permanece acompanhada de efeito útil.

4.3.2.1. Aplicação do conceito de impossibilidade prática

Analisada a distinção entre impossibilidade e dificuldade, não se dispensa a sua aplicação a determinados casos. Como referimos, se a convicção de certeza do julgador não é necessariamente absoluta, muito menos será absoluta a impossibilidade de prova. Em consequência, cabe equiparar, como fizemos, a impossibilidade à alta dificuldade de prova, que se traduz numa impossibilidade prática, levando ao inevitável resultado de contemplar os factos como não provados.

A jurisprudência é abundante no que toca a ações de averiguação da paternidade. A recusa de realização de testes de ADN, por parte do alegado pai tem sido classificado como ilegítima,

pois, prevalece o direito à identidade pessoal do filho (art.26º CRP) sobre a integridade física daquele¹⁴⁶. Sendo a recusa ilegítima, deve verificar-se a inversão do ónus da prova (art.344º/2 CC *ex vi* do art.417º/2 CPC)?

Antes dos atuais testes de ADN (apenas vulgarizados na década de 2000) sempre foram instauradas ações declarativas de investigação da paternidade, onde se produzia prova sobre a paternidade, apenas com base nos índices de exclusividade de relacionamento de namoro da mãe com o réu pretense pai, pelo menos nos primeiros 120 dias após a concepção (período legal e concepção medida face ao nascimento). E era no âmbito dessa prova indireta, que operavam as presunções judiciais que se estabeleciam num plano de probabilidades. Assim, não se pode dizer que exista um quadro de impossibilidade¹⁴⁷, dado que sem os referidos testes a prova era possível.

Todavia, a parte que recusa a realização do teste de ADN priva a causa de um elemento de prova plena do ponto de vista científico¹⁴⁸, com uma eficácia quase absoluta, situada nos níveis de 99%-100%¹⁴⁹. Por conseguinte, o próprio conceito de verdade evoluiu para uma exigência quase infalível de probabilidade (situando-se à margem das escalas de probabilidades, que define todos os meios de prova), sendo o teste de ADN um meio de prova incomparável com qualquer outro. Ora, se o novo paradigma estabelece este padrão elevadíssimo, pela possibilidade de realização dos testes de ADN, com a capacidade quase automática do convencimento do Tribunal, ao impedir a utilização deste meio de prova a contraparte (o alegado pai) estará a impedir a formação do juízo de verdade e eficácia probatória ímpar. Com este sentimento, os Tribunais têm invertido o ónus da

¹⁴⁶ STJ.23.fev.2012, processo nº994/06.2TBVFR.P1.S1 [BETTENCOURT DE FARIA], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/60d39bf324cd7b4c802579ad0040a0bf>

¹⁴⁷ Cfr. refere o acórdão da Relação do Porto 09.mai.2019, processo nº 10421/15.9T8VNG.P1 [Madeira Pinto], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/14fadecf0042c2b58025842c00538b2b>, “O aludido exame de ADN apenas poderia determinar uma relação de parentesco muito aproximada ou excluí-la entre o agora requerente e as requeridas registadas como filhas do ausente presumivelmente falecido. Não é meio de prova único ou sequer fundamental ao dispor do requerente ou que o tribunal possa ordenar, como vimos, não para determinar a paternidade do requerente relativamente às segunda e terceira requeridas, que não é objecto do pedido, mas para determinar a identidade do requerente como sendo o declarado falecido pai destas tal como consta do registo. Assim, por não se verificarem os requisitos da culpa das requeridas e da impossibilidade objectiva do prova do onerado quanto à sua identidade, não se verifica a inversão do ónus da prova nos termos do artº 344º, nº2, CC”.

¹⁴⁸ Cfr. o acórdão STJ.23.fev.2012, processo nº994/06.2TBVFR.P1.S1 [BETTENCOURT DE FARIA].

¹⁴⁹ Cfr. o acórdão RP 11.jul.2018, processo nº 624/12.3TVPRP.P1 [RODRIGUES PIRES], disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c6cd21df5c5867d88025830c004b5bad>, “Na atualidade, os testes de ADN aos pretensos pai e filho dão um grau de certeza sobre a filiação, quando esta se verifique, próximo dos 100%, excluindo-a quase completamente quando não ocorra, o que significa que tais exames constituem elementos essenciais para a descoberta da verdade”.

prova contra o alegado pai, como se pode notar nos acórdãos STJ.23.fev.2012, processo nº994/06.2TBVFR.P1.S1 [BETTENCOURT DE FARIA] e o RP.11.jul.2018, processo nº 624/12.3TVPRT.P1 [RODRIGUES PIRES]. Portanto, a inversão do ónus da prova afigura-se perfeitamente admissível nestas hipóteses¹⁵⁰, através da equiparação entre impossibilidade e alta dificuldade (que chamámos *impossibilidade prática*) que se explica, ou pela baixa fiabilidade dos restantes meios de prova, ou pela necessidade de atender ao padrão cientificamente exigido.

Por razões muito semelhantes, é de inverter o ónus da prova quando o condutor de um automóvel segurado, no âmbito de um acidente, se recusou a efetuar o teste de alcoolemia¹⁵¹.

4.3.3. Âmbito da Impossibilidade de prova

Só se inverte o ónus da prova quanto aos factos impossibilitados de provar (art.344º/2 CC), e não quanto a todos os factos de que a parte está onerada. Pode muito bem suceder que o autor ou réu reconvinde pretendam o reconhecimento ou constituição de dois ou mais efeitos jurídicos e o ónus da prova apenas se inverter quanto a factos relativos a um deles, aferindo-se a impossibilidade individualmente¹⁵².

Além disso, o art.344º/2 se refere a factos cuja parte está onerada com a sua prova, implica isto que a inversão do ónus da prova tanto pode operar a favor do autor como ao réu, desde que a sua respetiva parte contrária tenha causado culposamente a impossibilidade de prova de factos que incumbiam aqueles .

Embora se tenha dito que, na existência de dois ou mais efeitos jurídicos, a impossibilidade se afere individualmente, podemos estar perante factos com efeitos jurídicos prejudiciais¹⁵³

¹⁵⁰ Embora a falta de inversão do ónus da prova não represente uma fatalidade. Efetivamente, a livre apreciação da conduta, como iremos notar *infra* (4.4.), permite que comportamento processual poderá influir na convicção do tribunal, podendo, em conjugação com outros meios de prova, dar-se o facto como provado.

¹⁵¹ STJ.13.nov.2007, processo nº 07A3584 [FARIA ANTUNES], disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8dc4df2279e491288025739b0039596d>.

¹⁵² Vejamos por exemplo: se o autor pede indemnização pelo incumprimento culposo do empreiteiro do contrato de empreitada, juntamente com a indemnização por danos de integridade física sofridos em virtude de o empreiteiro ter negligentemente deixado ferramentas perigosas no local da obra. A impossibilidade de prova pode ocorrer apenas perante o incumprimento das prestações principais de empreitada, continuando possível a prova da negligência do empreiteiro quanto às ferramentas perigosas no local da obra.

¹⁵³ Chamando ROSENBERG direitos e relações jurídicas prejudiciais, cfr.LEO ROSENBERG, ROSENBERG, *La Carga de la Prueba*, cit. pp.174 e ss..

(declaração de validade do contrato perante o pedido de condenação em cumprimento; a questão do preenchimento dos pressupostos de responsabilidade civil no que toca ao cálculo do dano; titularidade de um direito real sobre um bem em relação à validade da oneração realizada [hipoteca ou penhor, por exemplo]; validade ou existência a procuração para acionar o cumprimento por parte do representado). Neste tipo de situações pode justificar-se que a impossibilidade abranja ambos os efeitos jurídicos, atendendo que a impossibilidade da matéria relacionada com primeiro pedido (prejudicial) acarreta a impossibilidade de averiguar sobre a matéria respeitante ao segundo pedido.

No âmbito de um só efeito jurídico, existindo vários requisitos constitutivos para a procedência da pretensão, a conduta do réu ou autor reconvinado que culposamente impossibilita a prova apenas de um dos requisitos, parece que a inversão do ónus não é extensível a todos os requisitos constitutivos, salvo quando os mesmos forem conexos ou dependentes. Vejamos dois casos: a) a responsabilidade do comitente; e a b) responsabilidade aquiliana.

Relativamente à responsabilidade do comitente (art.500º CC), são pressupostos¹⁵⁴ a relação de comissão (art.500º/1 CC), a obrigação de indemnizar do comissário (art.500º/1 CC), e a prática do facto pelo comissário no exercício das suas funções (art.500º/2 CC). Se se torna impossível provar a relação de comissão, a inversão do ónus de prova não deve incidir também sobre a obrigação de indemnizar do comissário. Mas a inversão pode também estender-se à prática pelo comissário no exercício das suas funções, na medida em que o momento e objeto daquelas funções seria determinado pela relação de comissão.

Quanto à responsabilidade aquiliana (art.483º), são pressupostos¹⁵⁵ o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Se se tornar impossível a prova da culpa, não se impossibilita necessariamente a prova do dano, assim, não fará sentido que a inversão do ónus da prova se estenda para o pressuposto do dano, pois, são factos independentes¹⁵⁶. Mas a questão será diferente, se, existindo dano, for impossível apreciar a ilicitude e culpa e conseqüentemente, a causalidade. Nesta situação, a inversão do ónus da prova pode abranger a prova dos factos constitutivos do requisito da causalidade (entre o facto ilícito e danoso e entre o dano), pois, só

¹⁵⁴ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, volume I, cit.*, pp.651-657.

¹⁵⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral, volume I, cit.*, pp.532 e ss..

¹⁵⁶ A existência de intenção de praticar o facto (dolo) é diversa do resultado morte (dano).

com a análise detalhada da conduta (ilícita e culposa) do lesante se torna possível aferir da sua apetência para causar um dano, ou seja, perante um comportamento ilícito caberá saber se essa desconformidade é geradora de risco e se criou probabilidades na produção do dano. Neste sentido, impõe-se discordar da decisão do STA no acórdão 24.mai.2012 processo nº 0576/10 [ADÉRITO SANTOS] que num caso de responsabilidade médica devido a lesões causadas pela negligente realização de um parto, entendeu que o desaparecimento do relatório de exame ecocardiográfico imputável à entidade hospitalar, apenas poderia desencadear a inversão do ónus da prova quanto ao facto ilícito e culposo e não quanto à causalidade. Porém, atendendo à natureza do referido documento, onde os relatórios médicos sinalizam e descrevem as patologias assim como os procedimentos médicos adotados e intervencionado, o seu conteúdo, por definição, torna suscetível de aferir o dimensionamento dos riscos de determinada conduta ilícita e culposa (violação *das leges artis*). De outro modo, como se espera provar a medida em que a negligência causou o dano sem o relatório de exame ecocardiográfico?

4.3.4. Impossibilidade de prova de factos instrumentais

4.3.4.1. Noções

Refere MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA que, os **factos instrumentais** são aqueles indiciários dos factos principais ou essenciais¹⁵⁷. Na aceção de ANSELMO DE CASTRO, são indiferentes à norma fundamentadora, mas podem provar os factos fundadores dela, estão, assim, em relação de presunção com os principais¹⁵⁸ (art.349º CC). A título de exemplo, a posse em termos de usufruto permite desencadear a presunção de titularidade do direito real de usufruto (art.1268º CC). Ao contrário dos factos principais e complementares, a falta dos factos instrumentais não causa a improcedência do pedido.

A utilidade dos factos instrumentais reside na normal dificuldade a prova direta de um facto pode assumir. Com efeito, se a parte onerada se valer de presunções legais a seu favor (arts.491º,

¹⁵⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., p.123.

¹⁵⁸ ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Declaratório, Vol. III*, cit., p.275; LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI, MICHELE TARUFFO, *Lezionio sul processo civile, I. Il processo ordinario di cognizione*, cit. pp.459-460.

492º. 493º CC), dá-se uma inversão do ónus e prova (art.344º/1 CC). Neste caso, se a contraparte torna impossível culposamente a prova do facto instrumental que permite inferir o facto principal, a parte onerada fica numa posição consideravelmente enfraquecida. Por exemplo, na prova de um direito real de gozo, fica impossibilitada a prova da posse que, por sua vez, viria a presumir o direito real e gozo correspondente que o autor pretendia ver reconhecido.

4.3.4.2. Presunções legais

As presunções são ilações que se tiram de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido¹⁵⁹ (art.349º CC). Podem ser **absolutas** se não admitirem prova em contrário (prova pleníssima), que é a situação excepcional, ou **relativas** se o admitirem (art.350º/2). Nas provas relativas, como têm força probatória plena, pode ser feita a prova em contrário, isto é, a demonstração da falta de veracidade do facto presumido.

Como refere MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, não são meios de prova, mas apenas uma dispensa da prova, como se pode notar pelo art.350º/1)¹⁶⁰. Trata-se de uma regra de modificação do ónus da prova. Contudo, é ainda necessário provar o facto que desencadeia a presunção (facto-base), por exemplo, para acionar a presunção da titularidade do direito, é necessário provar a sua posse (art.1268º/1 CC).

No caso de a contraparte causar a impossibilidade de prova dos factos instrumentais, não se deve distinguir a sua natureza enquanto principais ou instrumentais. Os factos instrumentais não integram o ónus de prova, pois não integram a previsão da norma que a onerado pretende aplicar. Não obstante, os factos instrumentais permitem provar, por presunção, os factos principais, que, por sua vez, integram o ónus de prova. Visto que se trata de uma impossibilidade culposamente causada e, tendo em conta a importância dos factos instrumentais, entendemos que o legislador não quis restringir a inversão do ónus da prova do art.344º/2 CC aos factos principais. Em resultado, se a contraparte causou culposamente a impossibilidade de prova de factos instrumentais, dá-se a inversão do ónus da prova quanto a eles, tal como ocorreria caso a presunção

¹⁵⁹ Para os fundamentos utilizados nas presunções, remete-se *infra* para o exposto sobre o fundamento da inversão do ónus de prova (2.).

¹⁶⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o Objeto e a Prova na Ação Declarativa*, cit., p.210.

já estivesse estabelecida. Voltemos para o exemplo da posse, se a contraparte impossibilitar culposamente a prova da posse, passará a si a incumbência de provar a inexistência de posse e, se fracassar, estando a posse provada, pode estabelecer-se a referida presunção de titularidade do direito a que se refere a posse (art.1268º CC).

4.4. Nexo de causalidade no juízo de impossibilidade de prova¹⁶¹

A inversão do ónus da prova sucede unicamente quando seja possível imputar o resultado de impossibilidade de prova à conduta ilícita e culposa da *contraparte*. Efetivamente, é necessário um nexos de causalidade que justifique a inversão. Mesmo seguindo a regra de experiência segundo a qual, destrói a prova quem receia o seu resultado, pode a contraparte ter deteriorado meios de prova irrelevantes e a impossibilidade verificar-se, não obstante.

Com esta preocupação, o acórdão da Relação de Guimarães de 31 de janeiro de 2019, processo nº58/13.2TBMGD-A.G1 [ALCIDES RODRIGUES] sustentou: “Ora, até por apelo ao princípio da proporcionalidade, entende-se que não faz sentido penalizar a parte não colaborante se o meio por esta inviabilizado não for de importância decisiva para o apuramento de facto principal, e, portanto, para o desfecho da ação”. De acordo com o nosso entendimento, a inversão do ónus da prova pode, igualmente, operar face a factos instrumentais¹⁶². Contudo, é possível concluir que o meio de prova deteriorado deve ser *relevante* para os factos que se pretendem ver provados (instrumentais ou principais). Também o acórdão da Relação de Lisboa de 5 de junho de 2008, processo nº58/13.2TBMGD-A.G1 [ALCIDES RODRIGUES] defende ser de ponderar a indispensabilidade para a lide dos documentos não apresentados.

Definida a primeira coordenada, a qual entendemos ser a necessidade dos meios de prova deteriorados serem **relevantes** para o facto que se pretende ver provado, isto é, terem a aptidão

¹⁶¹ Embora o nome sugira o fenómeno de imputação objetiva de um resultado à conduta de um agente- em que são discutidas várias teorias como a teoria da causalidade adequada, a teoria do risco, presente em matéria de responsabilidade civil e penal- o capítulo visa determinar em que medida é que a destruição de certos meios de prova pode causar a impossibilidade de prova.

¹⁶² *Infra* (4.3.4.).

abstrata para os provar¹⁶³. Importa ainda descobrir os limites desta relevância. Tomando as palavras de LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, existe impossibilidade quando “a recusa impossibilita a prova do facto a provar, a cargo da contraparte, por **não ser possível consegui-la com outros meios de prova**, já por a lei o impedir (exs.: art. 313-1 CC; art. 364 CC), já por **concretamente** não bastarem para tanto os outros meios produzidos (por exemplo a destruição, pelo condutor do automóvel, logo após o acidente, dos indícios da sua culpa no acidente de viação, o obstáculo eficaz erguido à deslocação a tribunal dum testemunha da parte contrária ou a não apresentação dum documento na posse da parte pode, se outra prova dos factos em causa não existir, ou, existindo, for insuficiente, dar lugar à inversão do ónus da prova, que ficará a carga da parte não cooperante)”¹⁶⁴. A ideia dos Professores resume-se à impossibilidade de recorrer a outros meios de prova, seja porque a lei fixou o elenco de meios de prova admissíveis, ou pela inexistência outros meios¹⁶⁵. Acresce **que a inexistência de outros meios deve ser averiguada no caso concreto, não valendo apenas a possibilidade abstrata e teórica**, por exemplo, de recorrer a testemunhas, quando elas não existem no caso concreto. Logo, à definição **positiva** da *relevância do meio de prova deteriorado* acrescenta-se a definição **negativa** de, por limitação legal ou pelo caso concreto, *não restarem outros meios de prova relevantes*.

Todavia, permanece a questão, para a *indispensabilidade* ou *relevância* do meio de prova deteriorado é necessário que se trate do único meio de prova apto a provar o facto? RUI RANGEL responde afirmativamente, visto que, se não tiver sido preterido o único meio de prova possível para alcançar a prova, a questão é de dificuldade¹⁶⁶. Por outro lado, LOPES DO REGO refere tratar-se de um meio de prova de especial relevância, dando como exemplo, a recusa de realização dos

¹⁶³ Como já referimos *infra* (4.3.1.), a relevância é lógica e normativa. Este conceito deve ser concretizado com a teoria normativa de ROSENBERG (*La Carga de la Prueba*, cit. pp.123 e ss., 132 e ss.), sendo relevantes os meios de prova que sejam suscetíveis de provar factos integrantes de previsões normativas que as partes no processo pretendam ver aplicadas. Assim, relevante é o facto que integra a *factispecies* do direito que se pretende valer cfr. FRANCESCO LUISO, *Diritto processuale civile, II Il Processo Di Cognizione*, cit., p.90, Acresce que os meios de prova devem ser aptos a provar apenas os factos controvertidos no processo (por exemplo, que não tenham sido provados por via do regime previsto nos arts.5º, 567º/1, 574º, 587º/1 CPC).

¹⁶⁴ Negrito dos autores, cfr.JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado: volume 2º artigos 362º a 626º*, 3º edição, Coimbra, Almedina, 2017, p.222.

¹⁶⁵ No mesmo sentido, na jurisprudência norte-americana, *vide* a decisão do Tribunal Distrital dos Estados Unidos, M.D. Florida, Ocala Division, *Wilson v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 17.out.2008, 5:07-cv-394-Oc-10GRJ (M.D. Fla. Oct. 17, 2008), disponível em <https://casetext.com/case/wilson-v-wal-mart-stores-2>: “Moreover, the memo is not critical to Plaintiff’s ability to prove her case because there is other evidence potentially available to Plaintiff to prove her claim”.

¹⁶⁶ RUI RANGEL, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2º edição, Coimbra, Almedina, 2002, p.191.

exames hematológicos no âmbito da determinação da paternidade¹⁶⁷. Em primeiro lugar, discutimos que o conceito de impossibilidade aferido pelo próprio resultado torna a distinção entre dificuldade e impossibilidade pouco clara. Em segundo, a análise dos meios de prova é complexa, devendo o julgador ter em conta todos os meios de prova disponíveis e relevantes, utilizando um raciocínio internamente coerente¹⁶⁸, de modo a que não existam contradições no seu pensamento. Neste sentido concordamos com LYNCE DE FARIA, quando refere que pode muito bem suceder que a prova só é conseguida através de um conjunto de meios¹⁶⁹, visto que o julgador adota um raciocínio racional e coerente, face a vários meios de provas que apontam em vários sentidos. Somente se concorda com RUI RANGEL nas situações em que a atividade probatória se encontra adstrita a um meio de prova¹⁷⁰, mas, porque não restam outros meios de prova relevantes. O facto de, em certos casos, a prova só poder ser feita com a conjugação de certos meios de prova, permite adicionar à definição negativa o seguinte dado: *não restarem meios de prova relevantes, cuja conjugação revelasse aptidão a provar o facto em discussão*.

Conclui-se que existe nexos de causalidade quando a contraparte tiver *destruído ou deteriorado o meio de prova lógica e normativamente relevante (definição positiva)*, *não restando outros meios de prova relevantes, por limitação legal, ou por, no caso concreto, não existirem ou não estarem disponíveis meios de prova cuja conjugação revelasse aptidão a provar o facto em discussão (definição negativa)*.

5. Conclusões

Procurámos demonstrar que o regime da inversão do ónus da prova por impossibilidade culposamente causada assume um papel relevante na administração da justiça, pois, permite uma prevenção contra a deterioração de meios de prova. De qualquer modo, a *ratio* deste regime, acompanhada da fórmula *tu quoque*, funda-se na justa (re)distribuição do ónus da prova, pelo que

¹⁶⁷ CARLOS LOPES DO REGO, *O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade : prova directa e indirecta do vínculo de filiação*. In *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp.182-189.

¹⁶⁸ MICHELE TARUFFO, *La Prueba de los Hechos*, cit., pp.422-426.

¹⁶⁹ RITA LYNCE DE FARIA, *A Inversão do Ónus da Prova No Direito Civil Português*, cit., p.58.

¹⁷⁰ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, cit., pp.445-446.

é inexigível ao onerado que sofra o risco da ação se a contraparte lhe causou culposamente a impossibilidade de prova.

Formulámos como pressupostos a ilicitude, a culpa, a impossibilidade e o nexó de causalidade.

No tocante à ilicitude, presencia-se um dever de conservação de prova da contraparte, tendo em conta que a conservação protege o interesse do onerado e não o interesse daquela. Além disso, o dever de conservação pode também ser material. Além das variadas disposições invocadas, destacam-se os artigos 574º e 575º do CC que estabelecem um dever de apresentação de coisas e documentos em casos de dúvida sobre a existência ou conteúdo de um direito. Do dever de apresentação, é consequência necessária um dever de conservação. Além disso, os próprios meios de prova permitem exercer um direito, seja pelo momento processual (por permitirem a prova dos seus factos constitutivos, levando a uma decisão judicial favorável), seja no momento substantivo (por exemplo, as atas de deliberação permitem aos acionistas comprovar e exercer o seu direito aos dividendos). Deste modo, os meios de prova são protegidos pelo direito à prova (art.20º) e pelo próprio direito substantivo que comprovam e permitem exercer. Quando o meio de prova é protegido pelas suas finalidades probatórias de índole processual, vigora um dever direto de conservação. Por outro lado, quando o meio de prova é protegido pelas suas utilidades de comprovação e exercício no momento substantivo, vigora um dever indireto de conservação.

No que respeita à culpa, sendo um juízo de censura ao agente por ter adotado a conduta que adotou, abrange, naturalmente, a forma de dolo e de negligência. Questionou-se se a inversão do ónus da prova em caso de negligência não seria “sanção” demasiado pesada. Contudo, o fundamento da inversão referido no artigo 344º/2 do CC é a justa (re)distribuição do ónus da prova, pelo que deixa de ser exigível ao onerado que sofra o risco da ação, quando a contraparte lhe causou culposamente a impossibilidade de prova. Em segundo lugar, a distinção entre dolo e negligência tem menor relevância no direito civil, visto que, normalmente, lhes estão associadas as mesmas consequências. Por fim, o próprio legislador não distinguiu, pelo que se devem considerar abrangidas as formas de dolo de negligência. No entanto, em casos de culpa diminuta, pode justificar-se a não inversão, tendo em conta o princípio da proporcionalidade (art.18º/2 CRP).

Pode também a contraparte ser culpada por atos de terceiro que causem a impossibilidade de prova. Assim, a conduta de terceiro é imputada à contraparte se: o tiver instigado; atuado em

coautoria; utilizando-o em autoria mediata, dominando-o através do erro ou coação; ou ainda, se tiver *culpa in instuendo, culpa in eligendo, culpa in vigilando* perante o terceiro, seu auxiliar.

Não sendo a impossibilidade imputável à contraparte, se o terceiro estiver na posse ou detenção de meios de prova, conhecendo o seu conteúdo e importância, e optar pela sua deterioração, estará a violar o direito à prova, instrumental ao direito substantivo correspondente. Se o direito substantivo acautelado pela prova for um direito oponível *erga omnes* não haverá qualquer problema na inclusão da tutela da responsabilidade aquiliana (art.483º CC). Porém, é sabido que parte da doutrina exclui os direitos de crédito, enquanto direitos relativos, da tutela aquiliana, visto que são apenas oponíveis *inter partes*. Todavia, existem teorias que integram os direitos relativos na tutela aquiliana, desde que se trate de casos graves, com dolo e verdadeira causalidade e, mesmo que se rejeite as mesmas, está salvaguardada a responsabilidade por abuso de direito.

Neste contexto, defendemos que o onerado pode demandar o terceiro em ação de indemnização por perda de chance, devido à ação originária que perdeu. A perda de chance pode ser ressarcida se tutelar o dano final, e não a *chance* em si, desde que se verifique um dano certo e uma relação de causalidade. O dano demonstra-se, de facto, certo, dado que abrange as vantagens ou desvantagens que a decisão judicial desfavorável implica. Quanto à causalidade, também se verifica, desde que se demonstre que, não fosse a conduta do lesante, o lesado teria uma probabilidade razoável de obter uma decisão favorável. Sucede, no entanto, uma outra mutação. Se o onerado necessita de provar que venceria a ação principal, não fosse a intervenção ilícita e culposa do terceiro na prova. Porém, não irá conseguir fazê-lo, precisamente porque se causou a impossibilidade de prova. Parece-nos inegável que, provada a impossibilidade e a atuação culposa do terceiro (agora contraparte na ação autónoma), se inverta o ónus contra este. A contraparte desta ação terá agora o ónus de provar que o onerado não venceria a ação originária, ou que a impossibilidade de prova manter-se-ia, não obstante a sua conduta quanto à prova.

Relativamente à impossibilidade, concluímos que não existe uma dicotomia absoluta de impossibilidade e dificuldade. Com algum apoio jurisprudencial, verificou-se que a extrema ou alta dificuldade de prova é equiparável à impossibilidade. Tanto a impossibilidade, como a dificuldade de prova se referem à probabilidade ou aptidão de convencer o julgador, a distinção entre ambas figuras não pode deixar de ser mais flexível, visto que o que as separa é a percentagem

de probabilidade de convencimento do julgador. A impossibilidade representa o grau mais alto, mas tal como o convencimento do julgador não é absoluto e matemático, também a impossibilidade deste convencimento não o pode ser. Daí que se concorde em equiparar a alta/elevada dificuldade à impossibilidade. Porém, a dificuldade, como é percentual, poderá ser média ou baixa. Não obstante, cumpriu responder qual o efeito útil da consequência da livre apreciação (art.417º/2 CPC), se deve existir equiparação entre a impossibilidade e a alta ou grave dificuldade de prova, levando ambas à inversão do ónus da prova (art.344º/2 CC). Como já foi dito, pode suceder que a dificuldade se verifica, mas não é suficientemente alta, aplicando-se nestes casos a livre apreciação da conduta da contraparte, ao invés da inversão.

Como o artigo 344º/2 do Código Civil se aplica à impossibilidade de prova de determinados factos, a inversão do ónus da prova pode ser invocada tanto pelo autor como pelo réu perante factos aos quais lhes caiba o ónus da prova. Do mesmo modo, também não existe qualquer limite aos factos que possam beneficiar desta inversão, podendo a mesma operar também perante factos instrumentais. Importa ainda definir que o objeto da inversão pode ser alargado, se estivermos perante a impossibilidade de efeitos jurídicos (direitos, relações jurídicas) prejudiciais. Se para se provar *x*, é necessária a prova de *y* e se *y* ficou impossível de provar, deve a inversão operar perante *x*. Também quanto a requisitos prejudiciais do mesmo efeito jurídico se aplica este raciocínio, v.g., na responsabilidade civil, verificado o dano, se se impossibilitou a prova da conduta ilícita e culposa, também se impossibilitou a prova da sua causalidade com o dano, devendo a inversão abranger os factos constitutivos da causalidade.

Em último, quanto ao nexos de causalidade, isto é, o modo como a destruição ou deterioração de certos meios de prova pode causar a impossibilidade, foi adotada a seguinte fórmula: existe nexos de causalidade quando a contraparte tiver *destruído ou deteriorado o meio de prova lógica e normativamente relevante* (definição positiva), *não restando outros meios de prova relevantes, por limitação legal, ou por, no caso concreto, não existirem ou não estarem disponíveis meios de prova cuja conjugação revela aptidão a provar o facto em discussão* (definição negativa).

Explicadas as conclusões quanto ao regime, resta referir que o legislador, volvidos mais de cinquenta anos, forneceu um instrumento adequado, único e justo. Os novos problemas levantados pelas situações de dificuldade e de impossibilidade de prova, dados os perigos de viciação de

prova, parecem poder ser resolvidos com a correta aplicação deste regime. Já outras questões, como as simples negações de facto da contraparte em relação ao que é alegado pelo onerado, são problemas a serem discutidos no que respeita ao próprio ónus de alegação e já não quanto ao ónus de prova.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel, *Noções elementares de processo civil I*, Coimbra, Coimbra Editora Limitada, 1958

BEZERRA, Miguel, NORA, Sampaio e, VARELA, Antunes, *Manual de Processo Civil*, 2º edição, Coimbra, Coimbra Editora. Limitada, 1985

CÂMARA, Paulo, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3º edição, Coimbra, Almedina, 2016

CASTRO, Anselmo de, *Direito Processual Civil Declarativo, Vol.III*, Coimbra, Almedina, 1982

CENDON, Paolo, ZIVIZ, Patrizia, *L' inversione dell'onere della prova nel diritto civile. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, a.46n.3(setembro 1992), pp.757-796

CHIOVENDA, Jose, *princípios de derecho procesal civil, Tomo II*, (Trad. Jose Casais Y Santaló), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1977

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele, *Lezionio sul processo civile, I. Il processo ordinário di cognizione*, 5º edição, Bolonha, editora il Mulino, 2011

CORDEIRO, António Barreto Menezes, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina, 2016

CORDEIRO, António Menezes

- *Direito Bancário*, 6º edição, Coimbra, Almedina, 2018

- *Tratado de Direito Civil, Volume V: Exercício Jurídico*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2018

- *Tratado de Direito Civil, Volume VI: Introdução, Sistemas e Direito Europeu, Dogmática Geral*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2012

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997

DENTI, Vittorio, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milão, a.46n.3 (setembro 1992), pp.709-713

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

EMSON, Raymond, *Evidence*, 2ª edição, Gales, Palgrave Macmillan, 2004

FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018

FERREIRA, Rui Cardona, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, a.73 n.4 (out.-dez. 2013), pp.1301-1329

FERNANDES, António Liberal, *O Trabalho e o Tempo: Comentário ao Código do Trabalho*, Porto, Universidade do Porto, 2018

FERNANDEZ, Elizabeth, *A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade, e a proporcional)*. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas. Vol.I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2017, pp.811-835

FREITAS, José Lebre de, *Ação Declarativa Comum: À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

FREITAS, José Lebre de, ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado: volume 2º artigos 362º a 626º*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2017

GOMES, Júlio Vieira, *Sobre o dano da perda de chance. Direito e Justiça*. Lisboa, V. 19, T.2 (2005), pp.9-47.

JÚNIOR, Eduardo Santos, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra, Almedina, 2003

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações, volume I- introdução da constituição das obrigações*, 12º edição, Coimbra, Almedina, 2015

LUISO, Francesco, *Diritto processuale civile, II Il Processo Di Cognizione*, 7º edição, Milão, Giuffré Editore, 2013

MACHADO, João Baptista, *Obra Dispersa, Vol.I*, Braga, Scientia Iuridica, 1991

MENDES, João de Castro, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1961

MICHELI, Gian Antonio, *L'onere della prova*, Verona, Padova : CEDAM, 1966

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Ónus da Prova e Não Cumprimento das Obrigações. Scientia iuridica*, Braga, t.49n.283-285(Jan.-Jun.2000), pp.173-207

PATTI, Salvatore, *Ripartizione dell'onore, probabilita e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto. Rivista di Diritto Civile*. Pádua, a.36 n.5 (setembro-outubro 1990), pp.705-721

PEREIRA, Maria de Lurdes, *O que a Eficácia Externa das Obrigações é e não é. Código Civil/ Cinquentenário. II*, Coimbra, Almedina, 2019, pp.347-388.

PINTO, Paulo Mota, *Perda de chance processual. Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra, a.145 n.3997 (Mar.-Abr. 2016), pp.174-201

PINTO, Rui,

- *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar*, Universidade de Lisboa Faculdade de Direito, 2007, Tese de doutoramento

- *Código de Processo Civil Anotado, Volume I*, Coimbra, Almedina, 2018

RANGEL, Rui, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 2º edição, Coimbra, Almedina, 2002

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado: volume III artigos 487.º a 549.º*, 4º edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985

REGO, Carlos Lopes do,

- *Comentário ao Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1999

- *O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade : prova directa e indirecta do vínculo de filiação*. In *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp.781-790

ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba* (Trad. Ernesto Krotoschin), 2º edição, montevideo-Buenos Aires, editorial BdeF, 2002

SERRA, Adriano Vaz, *Provas (Direito Probatório Material)*, Lisboa, Livraria Petrony, 1962

SILVA, Paula Costa e, REIS, Nuno Trigo dos, *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*, [consult.01.mar.2019] em disponível em https://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_à_inversão_do_ónus_da_prova

SOUSA, Luís Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3º edição, Coimbra, Almedina, 2017

SOUSA, Miguel Teixeira de,

- *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, Lisboa, Lex, 1995

- *Sobre o Ónus da Prova nas Ações de Responsabilidade Civil Médica*. In *Direito da Saúde e Bioética*. (1996), Lisboa, AAFDL, pp.123-144

SPENCER, A. Benjamin, *The Preservation Obligation Regulating and Sanctioning Pre-Litigation Spoilation in Federal Court*. *Fordham Law Review*. Volume 79, Issue 5 (2011), [consult. 17 de julho], disponível em ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol79/iss5/7

TARUFFO, Michele

- *La Prueba de los Hechos* (Trad. Jordi Ferrer Beltrán), Madrid, Editorial Trotta, 2011

- *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, a.46n.3 (setembro 1992), pp.733-756

- TOURNEAU, Philippe le, CADIET, Loïc, *Droit de la Responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996
- VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, volume I, 8º edição, Coimbra, Almedina, 1994
- VERDE, Giovanni, *L'inversione degli oneri probatori nel processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milão, a.46n.3 (setembro 1992), pp.715-731

Jurisprudência portuguesa

Tribunal Constitucional

- Acórdão N° 86/88, processo n° 235/86 [MESSIAS BENTO]

[<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880086.html>]

Supremo Tribunal Administrativo:

- Acórdão 3.mai.2007, processo n°029420 [CÂNDIDO DE PINHO]

[<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e38c2a0d330aed54802572db0038aff0>]

- Acórdão 1.out.2008, processo n°063/08 [ANGELINA DOMINGUES]

[<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/49e643c418b0b0bd802574dd0036d72b>]

- Acórdão 24.mai.2012, processo n° 0576/10 [ADÉRITO SANTOS]

[<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a37708eee16e137180257a10005169c9>]

- Acórdão 10.jul.2013, processo n°0979/13 [ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA]

[<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/df5fd0a1484c6c8680257bb900476148>]

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão 29.jun.1999, processo nº99A481 [GARCIA MARQUES]

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ca23142b0952ad8802568fc003bb00e>]

- Acórdão 20.fev.2001, processo nº01A4054 [FERREIRA RAMOS]

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/051e3823256da59080256e4000353b2a>]

- Acórdão 5.mai.2005, processo nº2531/05.7TBBRG.G1.S1 [SERRA BAPTISTA]

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5116ff7512defe4d80257b7b004c82d0>]

- Acórdão 13.nov.2007, processo nº 07A3584 [FARIA ANTUNES]

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8dc4df2279e491288025739b0039596d>]

- Acórdão 31.mar.2009, processo nº09A197 [FONSECA RAMOS]

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bfede20abac8aa788025758a0039738c>]

- Acórdão 23.fev.2012, processo nº994/06.2TBVFR.P1.S1 [BETTENCOURT DE FARIA]

[<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/60d39bf324cd7b4c802579ad0040a0bf>]

- Acórdão 18.set.2018, processo nº 4964/14.9T8SNT.L1.S3 [PEDRO DE LIMA GONÇALVES]

[\[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/00abbc446417d50180258314004d0163\]](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/00abbc446417d50180258314004d0163)

Relação de Coimbra

- Acórdão de 18.mai.2010, processo nº1325/03.9TBNV.C1 [ARLINDO OLIVEIRA]

[\[http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f3b337b1b5017ab780257731002d15c7\]](http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f3b337b1b5017ab780257731002d15c7)

Relação de Évora

- Acórdão 10.jan.2012, processo nº 295/10.1TTABT.E1 [JOÃO LUÍS NUNES]

[\[http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/fb085064f7d36cfa80257de10056f790 \]](http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/fb085064f7d36cfa80257de10056f790)

Relação de Guimarães:

- Acórdão 4.dez.2014, processo nº 572/09.4TBFAF.G1 [MANUEL BARGADO]

[\[http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/a854cde3f48c624380257de1005b996f\]](http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/a854cde3f48c624380257de1005b996f)

- Acórdão 18.dez.2017, processo nº 396/14.7T8VCT.G1 [RAQUEL BAPTISTA TAVARES]

[\[http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6e397b1ae6c24c7c802582270058eff2\]](http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6e397b1ae6c24c7c802582270058eff2)

- Acórdão 31.jan.2019, processo nº58/13.2TBMGD-A.G1 [ALCIDES RODRIGUES]

[\[http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9fa1b6565a3d6c76802583a800338049\]](http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9fa1b6565a3d6c76802583a800338049)

Relação de Lisboa:

- Acórdão 19.fev.2008, processo nº 7371/2007-1 [MARIA ROSÁRIO BARBOSA]

[<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ad6ab76f43abcc438025740800585c74>]

- Acórdão 5.jun.2008, processo nº 3861/2008-6 [FÁTIMA GALANTE]

[<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1ede77dce8289d7e802574b9003b951a>]

- Acórdão 20.nov.2008, processo nº1346/2008-6 [MÁRCIA PORTELA]

[<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/14652c2efe6cf1018025753800651c60>]

Relação do Porto:

- Acórdão, 10.fev.2005 processo nº 0530134 [FERNANDO BAPTISTA]

[<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/45e198a6a09acf1c80256fb0004e831b>]

- Acórdão 29.out.2013, processo nº 1254/10.0TJPRT.P1 [FRANCISCO MATOS]

[<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/221c3d359250686580257c37003ffa84>]

- Acórdão 20.jun.2016, processo nº335/15.8T8AVR.P1 [PAULA LEAL DE CARVALHO]

[<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ebb6b33ce133de2780257fe300526c4c>]

- Acórdão 11.jul.2018, processo nº 624/12.3TVPRT.P1 [RODRIGUES PIRES]

[<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c6cd21df5c5867d88025830c004b5bad>]

- Acórdão 09.mai.2019, processo nº 10421/15.9T8VNG.P1 [MADEIRA PINTO]

[<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/14fadecf0042c2b58025842c00538b2b>]

Jurisprudência estrangeira

Estados Unidos da América

Tribunal de Recurso para o Circuito Federal dos Estados Unidos

- *Micron Tech., Inc. v. Rambus, Inc.*, 13.mai.2011, No. 09-1263 (Fed. Cir. 2011)

[<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/09-1263/09-1263-2011-05-13.html>]

Tribunal de Recurso dos Estados Unidos, 2º Circuito

- *Kronisch v. U.S.*, 9.jul.1998, 1998150 F.3d 112 (2d Cir. 1998)

[<https://casetext.com/case/kronisch-v-us>]

Tribunal de Recurso dos Estados Unidos, 4º Circuito

- *Silvestri v. General Motors Corp*, 29.nov.2001, 271 F.3d 583 (4th Cir. 2001)

[<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/271/583/597898/>]

Tribunal Distrital dos Estados Unidos, M.D. Florida, Ocala Division

- *Wilson v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 17.out.2008, 5:07-cv-394-Oc-10GRJ (M.D. Fla. Oct. 17, 2008)

[<https://casetext.com/case/wilson-v-wal-mart-stores-2>]

Índice

<i>Resumo</i>	3
<i>Abstract</i>	4
<i>Introdução</i>	8
Problema	8
Delimitação	9
Sequência	9
1. Generalidades	11
1.1. Ónus da prova	11
1.2. A inversão do ónus da prova por impossibilidade culposamente causada pela contraparte 13	
1.3. Admissibilidade de contratos probatórios no âmbito do art.344º/2?	15
1.4. Princípios aplicáveis	16
2. Fundamento do art.344º/2 CC	17
3. Ónus da prova para aplicação do art.344º/2 CC	20
4. Imputação à contraparte	22
4.1. Conduta Ilícita	22
4.1.1. Plano processual, dever ou ónus de colaboração?	23
4.1.2. Plano substantivo, dever ou ónus de conservação de meios de prova?	25
4.1.2.1. Ilicitude não resultante da violação do dever de conservação da prova.....	32
4.2. Conduta Culposa	33
4.2.1. Culpa da contraparte	33
4.2.2. Culpa da contraparte pela atuação de terceiro?	34
4.2.2.1. Perda de chance.....	36
4.2.3. O ónus de prova da conduta culposa	42
4.3. Impossibilidade de prova	43
4.3.1. Generalidades	43
4.3.2. Impossibilidade ou dificuldade de prova?	44
4.3.2.1. Aplicação do conceito de impossibilidade prática	49
4.3.3. Âmbito da Impossibilidade de prova	51
4.3.4. Impossibilidade de prova de factos instrumentais	53
4.3.4.1. Noções	53
4.3.4.2. Presunções legais.....	54

4.4. Nexo de causalidade no juízo de impossibilidade de prova	55
5. Conclusões	57
<i>Bibliografia</i>	61
<i>Jurisprudência portuguesa</i>	65
<i>Jurisprudência estrangeira</i>	69
Estados Unidos da América	69