

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Kátia Vilhena Reina

O ônus da prova em ações de alimentos: distribuição dinâmica e seus desafios

São Paulo
2023

Kátia Vilhena Reina

O ônus da prova nas ações de alimentos: distribuição dinâmica e seus desafios

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. William Santos Ferreira.

São Paulo

2023

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Vilhena Reina, Katia

O ônus da prova em ações de alimentos: distribuição
dinâmica e seus desafios / Katia Vilhena Reina. --
São Paulo: [s.n.], 2023.

168p. ; cm.

Orientador: William Santos Ferreira.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Ônus da Prova. 2. Ação de alimentos. 3.
Distribuição dinâmica. I. Santos Ferreira, William .
II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III.
Título.

CDD

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, aos meus pais, pelo apoio e pela compreensão em virtude dos muitos momentos de ausência para dedicação aos estudos.

À minha irmã, Paula, pela eterna amizade e cuidado no período que mais precisei.

Aos meus amigos, pelos conselhos, debates e carinho que tanto contribuíram ao longo desta jornada.

À minha querida equipe do LUC Advogados – todos que estão e que por lá passaram –, pelo auxílio e empatia com a jornada dupla – profissional e acadêmica.

Especial agradecimento ao meu orientador, Professor William Santos Ferreira, entusiasta e ícone do tema central deste trabalho, e ao professor Adriano Ferriani, por todos os debates e ensino ao longo dos anos e, principalmente, pelo incentivo para ingressar no mestrado.

RESUMO

A proposta do presente trabalho é apresentar uma reflexão a respeito dos desafios existentes no contexto da efetiva prestação jurisdicional nas ações de alimentos. Desafios esses decorrentes, entre outros aspectos, da prova necessária para a instrução e o desenvolvimento da ação, a qual tem importância singular nos processos judiciais. Em decorrência dessa relevância no âmbito processual é que este trabalho cuidou de tratar do ônus de provar e seus desdobramentos no contexto das ações de alimentos. Para além disso, buscou-se demonstrar os desafios e a relevância da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova e como esse instituto tem papel singular na garantia do acesso à justiça e dos direitos fundamentais relacionados à família.

Palavras-chaves: prova; ônus da prova; distribuição dinâmica; ação de alimentos.

ABSTRACT

The purpose of the present work is to present a reflection on the subject that emerged from numerous debates and questions experienced in the daily lives of lawyers who work in the family area, who face constant challenges in the context of to ensure effective jurisdictional provision in food stocks. These challenges arise, among other aspects, from the evidence necessary for the instruction and development of the action, which is of singular importance in judicial proceedings. Evidence, as will be better explored throughout this work, is of singular importance in judicial proceedings, without which effective and fair adjudication is impossible. As a result of this relevance in the procedural scope, the present work dealt with the burden of proof and its consequences in the context of maintenance actions. In addition, the present work aims to demonstrate the challenges and relevance of applying the dynamic distribution of the burden of proof, and how this institute has a unique role in guaranteeing access to justice and fundamental rights related to the family.

Keywords: proof; burden of proof; dynamic distribution; alimony action.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	ALIMENTOS	17
2.1	Conceito e natureza jurídica dos alimentos	17
2.2	Diferenciação necessária entre obrigação alimentar e dever de sustento	19
2.3	Espécies de alimentos	22
2.4	Fundamentos dos alimentos	26
2.5	Alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros nas relações hetero e homoafetivas	27
2.6	Alimentos em benefício de pessoa idosas	33
2.7	Crítérios para fixação dos alimentos (binômio ou trinômio?)	34
2.7.1	Necessidades do alimentando	35
2.7.2	Possibilidades do alimentante	38
2.7.3	Razoabilidade e proporcionalidade	40
3	TEORIA GERAL DA PROVA	43
3.1	Conceito	43
3.2	Finalidade	45
3.3	Objeto	48
3.4	Fontes e meios de prova	52
3.5	Prova e verdade	55
4	ÔNUS DA PROVA	57
4.1	Conceito	57
4.2	Dimensão subjetiva e objetiva	62
4.3	Princípios relacionados ao ônus da prova	65
4.3.1	Princípio da aquisição e comunhão da prova	65
4.3.2	Princípio do livre convencimento motivado	67
4.3.3	Princípio da máxima eficiência dos meios probatórios	69
4.3.4	Princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz	70
4.3.5	Princípio da autorresponsabilidade	72
4.3.6	Princípio do contraditório	73
4.4	Facilitadores liberatórios do ônus da prova	73
4.4.1	Fatos notórios	74
4.4.2	Presunção	75

4.4.3	Indícios.....	77
4.4.4	Máximas da experiência.....	78
4.4.5	Distinção entre fato notório, indício, presunção e máximas da experiência...	80
4.5	Principais teorias sobre o ônus da prova	82
4.6	Os momentos da prova e a relação com o ônus	86
4.7	A prova diabólica.....	89
5	O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS	91
5.1	Reflexões acerca da subsistência da Lei de Alimentos.....	91
5.2	Regra geral acerca do ônus da prova.....	93
5.2.1	Prova da obrigação	94
5.2.2	Necessidades do alimentando menor	95
5.2.3	Necessidades do alimentando maior.....	97
5.2.4	Necessidades do alimentando ex-cônjuge ou ex-companheiro.....	98
5.2.5	Possibilidades do alimentante	100
5.2.6	Possibilidades do guardião.....	102
5.2.7	Problemas e desafios da distribuição estática.....	103
6	A MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	107
6.1	Princípios específicos para a modificação do ônus da prova.....	109
6.2	Modificação do ônus da prova na vigência do CPC/1973.....	114
6.3	Modificação do ônus da prova na vigência do CPC/2015.....	121
6.3.1	Dinamização <i>ope judicis</i>	122
6.3.2	A distribuição convencional do ônus da prova.....	128
6.3.3	Os poderes-deveres instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova .	130
6.4	O momento da distribuição	136
6.5	Regras do ônus da prova, inversão e dinamização.....	139
6.6	A distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de alimentos ..	142
6.7	Modificação do ônus da prova e a teoria da aparência.....	148
6.8	Limites à inversão	151
7	CONCLUSÃO.....	155
	BIBLIOGRAFIA.....	159

1 INTRODUÇÃO

Os tribunais brasileiros são, diariamente, acionados por alimentandos que pretendem assegurar direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente moradia, saúde, educação e lazer, essenciais para a dignidade da pessoa humana.

No entanto, diante das peculiaridades que serão expostas ao longo deste trabalho, a prestação jurisdicional não se mostra das mais efetivas e justas ao final do trâmite processual.

Um desses elementos que impedem a regular prestação jurisdicional está associado, em determinados casos, à deficiência da instrução probatória, que, baseada no sistema de distribuição estática do ônus da prova, acaba por, ainda que indiretamente, limitar o acesso à justiça do alimentando.

A Lei de Alimentos, assim como o Código de Processo Civil de 1973, previam apenas a distribuição estática do ônus probatório, competindo ao autor a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, a demonstração dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

No entanto, aquela distribuição estática não atendia às peculiaridades dos casos que cada vez mais se mostravam complexos e diversificados, afastando, assim, a prestação jurisdicional justa.

Em especial, em relação às demandas de alimentos, a disposição contida no CPC/1973 aliada ao disposto no artigo 2º da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/1968) representava verdadeiro óbice à pretensão do alimentado.

A fim de se evitar a injustiça processual em virtude da ausência de provas e garantir o acesso à justiça, bem como a paridade de armas entre os litigantes, teorias modificadoras do ônus da prova, como a teoria da carga dinâmica da prova, foram ganhando força, o que culminou com a previsão expressa no artigo 373, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme se verifica, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova ainda é tida como exceção em nosso ordenamento jurídico, sendo necessário, para a sua adoção, a observância de alguns requisitos prévios, os quais estão em grande evidência nas ações de alimentos.

Questiona-se, então, tendo em vista a prova é de extrema relevância para a instrução processual adequada, qual seria a solução para garantir a observância dos

direitos fundamentais do alimentando e viabilizar a regular instrução probatória? Haveria no sistema processual brasileiro instrumentos hábeis a garantir a regular instrução probatória e contribuir para soluções mais efetivas e justas no âmbito das demandas alimentares? As ações de alimentos apresentam peculiaridades que permitem, desde logo, a modificação do ônus probatório?

O presente trabalho tem como objetivo analisar a temática da distribuição do ônus da prova, em especial nas ações de alimentos de demandas familiares, se propondo a, ao final, responder aos principais questionamentos acerca dessa temática como forma de garantir o acesso à justiça.

Para tanto, iniciaremos com um primeiro capítulo acerca do tema da ação de alimentos, no âmbito do direito de família, apresentando conceitos sobre os alimentos, como espécies, fundamentos para a sua fixação, elementos e critérios para a sua fixação.

O segundo capítulo, por sua vez, tem como objetivo a exposição da temática probatória, analisando a teoria geral da prova, o objeto, as fontes e os meios de prova.

No terceiro capítulo será analisada a temática do ônus da prova, sua dimensão objetiva e subjetiva, os princípios e as principais teorias acerca desse tema.

Conceituado o ônus da prova, no quarto capítulo será feita a análise do ônus da prova nas ações de alimentos específicas, discorrendo especialmente sobre as manifestações e problemáticas do ônus nas demandas dessa natureza.

Por fim, será analisado o tema da possibilidade de modificação do ônus da prova considerando o atual regramento do sistema processual civil brasileiro e a sua manifestação no âmbito das ações de alimentos.

Nesse último capítulo, ingressaremos na análise da aplicação prática da distribuição dinâmica do ônus da prova no contexto das ações de alimentos, verificando, dentro delas, a importância da prova e a relevância da adoção do sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova.

2 ALIMENTOS

2.1 Conceito e natureza jurídica dos alimentos

O conceito de alimentos não é simples, tampouco uniforme no Código Civil, na doutrina e na jurisprudência.

Analisando a palavra alimento desde a sua origem no latim *alimentum*, verificamos que seu conceito remete ao sustento, à manutenção, à nutrição e à subsistência¹.

Ou seja, “vulgarmente”², o termo alimentos pode ser compreendido como tudo aquilo que é necessário para a subsistência do indivíduo³, que, apesar de inserido no contexto atual e individualista, em muitos momentos precisa de auxílio – material ou imaterial – de uma ou mais pessoas⁴.

Transportando esse conceito amplo para a esfera jurídica, Pontes de Miranda afirma que a palavra alimentos engloba tudo o que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa e, se o alimentando for menor, também à criação e à educação⁵.

No mesmo sentido, Cahali defende que alimentos, no âmbito do direito de família, compreendem as prestações pagas para quem não tem condições de satisfazer as necessidades vitais sozinho, sendo, na verdade, uma modalidade de assistência imposta por lei para garantir a subsistência de indivíduo dependente (seja em virtude da idade ou de questões físicas)⁶.

¹ “O termo ‘Alimentos’ numa aproximação etimológica, derivaria de *alimentum* (verbo *alere*), significando, numa acepção possível, *nutrit*, não se esgotando no sentido físico quando tomado na acepção jurídica. No ordenamento jurídico, compreendem universo de prestações de cunho assistencial que evidentemente, tem conteúdo mais elástico no plano do direito que na percepção coloquial.” (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Ed. Renovar, 1999. p. 268).

² CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 15.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 362.

⁴ “Apesar de vivenciarmos dias de experiência individualistas, uma das assertivas que marca nossa existência é a de que “ninguém é uma ilha”. Em diferentes momentos de nossa vida precisamos do auxílio – e não apenas material – de alguém, ou até mesmos, ‘alguéns’.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 655).

⁵ “A palavra alimento tem, em direito, acepção técnica. Na linguagem comum significa o que serve à subsistência animal; juridicamente, os “alimentos” compreendem tudo que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, §15: “... o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado e todo mais”), ao tratamento de moléstias (Colho da Rocha, *Direito Civil Português*, I, 219) e, se o alimentário é menor, às despesas de criação e educação (Ordenações Filipinas, Livro I, Título 88, §15: ‘E mandará ensinar a ler e escrever aquele que forem para isso’).” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 251).

⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 15.

Justamente por essa função de garantir a subsistência do indivíduo que não tem condições de fazê-lo sozinho, Farias e Rosenvald⁷, assim como Pereira⁸, afirmam que os alimentos decorrem da proteção constitucional dada ao núcleo familiar e à dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Tartuce⁹ e Madaleno¹⁰ afirmam que os alimentos estão diretamente relacionados aos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, também tidos como direitos fundamentais a serem assegurados pelo Estado e pelas relações privadas, podendo ser analisados como decorrentes da solidariedade familiar e não apenas das relações de parentesco, objetivando, sempre, a garantia da subsistência e da dignidade da pessoa humana.

Diante da relação dos alimentos com a subsistência do indivíduo e a manutenção da dignidade da pessoa humana, é possível afirmar, conforme conclusão apresentada por Farias e Rosenvald, que a natureza jurídica dos alimentos é de direito de personalidade, “pois se destinam a assegurar a integridade física, psíquica e intelectual de uma pessoa humana”¹¹.

Já em relação ao conceito de alimentos, e considerando a ausência de disposição expressa no Código Civil de 2002 que, seguindo o diploma anterior, nada mencionou a respeito do tema nos dispositivos destinados à matéria, é possível afirmar que alimentos, no âmbito jurídico, compreendem tanto a obrigação quanto o próprio objeto da obrigação.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 668.

⁸ “Relacionam-se não apenas ao direito à vida e à integridade física da pessoa, mas, principalmente, à realização da Dignidade Humana”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. *In*: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 1).

⁹ “Ademais, destaque-se que, conforme a doutrina contemporânea constitucionalista, os direitos sociais também devem ser tidos como direitos fundamentais, tendo aplicação imediata nas relações privadas. Nesse contexto, aplicando-se a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tais direitos existem e devem ser respeitados nas relações privadas particulares, no sentido de que os alimentos estão muito mais fundamentados na solidariedade familiar do que na própria relação de parentesco, casamento ou união estável.” (SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2021. p. 1427).

¹⁰ “A sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho. Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável.” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 907).

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 669.

Isso, porque, dentro do conceito de alimentos – prestação periódica imposta a uma pessoa em face de outra – está englobado o próprio objeto da obrigação, qual seja, qualquer bem necessário ao sustento e à garantia da dignidade da pessoa do alimentando, incluindo, mas não se limitando, à moradia, à alimentação, à saúde, à educação, à cultura, ao lazer, ao vestuário, entre outros.

Conclui-se, portanto, que os alimentos, independentemente de sua natureza, consistem nos custos necessários e indispensáveis à subsistência e à garantia da dignidade humana¹², conforme defendido por Dias¹³, sendo esse o meio para se assegurar ao alimentando, impossibilitado de prover o próprio sustento, uma vida digna, compreendendo valores, bens ou serviços, como colocado por Lôbo¹⁴.

2.2 Diferenciação necessária entre obrigação alimentar e dever de sustento

O artigo 229 da Constituição Federal disciplina, expressamente, o dever de sustento dos pais em relação aos filhos menores, enquanto durar o poder familiar¹⁵, bem como dos filhos em relação aos pais, na velhice.

A primeira regulamentação expressamente prevista na Constituição Federal e decorrente do poder familiar é o denominado dever de sustento, que existe desde a concepção do indivíduo até a maioridade, quando, então, ocorrerá a extinção do poder familiar¹⁶.

É justamente em virtude da relação entre o dever de sustento e o poder familiar que há a presunção da necessidade do alimentando¹⁷, subsistindo esse dever ainda que o alimentando menor de idade tenha condições de prover o próprio sustento, visto

¹² BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 513.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2022. v. 5, p. 410. *E-book*.

¹⁵ “Atualmente a denominação poder familiar é a mais adequada para descrever o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, tendo em vista a modificação das sociedades patriarcais, sendo, agora, compartilhada entre os pais (familiar).” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 295).

¹⁶ “O poder familiar é instituto protetivo, onde a incondicionalidade é característica da imposição do Estado aos genitores com a finalidade de que estes protejam sua prole enquanto menores, obrigando-os, também, ao sustento desses através dos alimentos, assegurando, assim, a proteção das novas gerações.” (RIBEIRO, Caroline Alves. Alimentos decorrentes do poder familiar à luz do processo civil de 1973 e legislação especial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 90, p. 149-171, jun. 2018).

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 15.

que, ainda que com renda, o poder familiar permanece, bem como as obrigações dele decorrentes¹⁸.

Esse, inclusive, é o entendimento existente em nossos tribunais até os dias atuais¹⁹.

Para Rosa, o dever de prestar alimentos à luz da Constituição Federal está relacionado ao princípio da solidariedade social e familiar, considerando tratar-se de uma imposição que tem como objetivo assegurar a sobrevivência do núcleo familiar²⁰.

Madaleno, afirma que o dever de sustento que deriva do poder familiar é prioritário e ilimitado, podendo ir ao extremo, como exigir dos alimentantes que vendam bens para custear despesas necessárias do alimentando²¹.

No mesmo sentido, Ribeiro afirma que, considerando que o dever alimentar decorre do poder familiar, não está vinculado aos pressupostos da obrigação alimentar e pode ser fixado de forma incondicional, sendo, pois, exigível independentemente da situação econômica do devedor²².

Entendimento diverso é o de Veloso, que sustenta que o alimentante não pode ser compelido a alienar os seus bens para a manutenção do alimentando²³.

¹⁸ “O titular do pátrio poder é sempre obrigado a alimentar o menor, ainda que os bens desse bastem para seus alimentos (...)” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 275).

¹⁹ “O dever de sustentar os filhos menores decorre do poder familiar e deve ser cumprido incondicionalmente, independente da demonstração da necessidade, uma vez que esta é presumida (art. 1.566, III e IV, art. 1.724, ambos do Código Civil), em vista dos gastos com educação, saúde, alimentação, moradia, lazer etc., ou seja, despesas que atendem ao mínimo existencial, obedecendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que devem ser suportadas por ambos os genitores na proporção de seus recursos (art. 1.703, do Código Civil), o que atende ao princípio da paternidade/maternidade responsável.” (TJSP. Recurso de Apelação nº 1080837-84.2021.8.26.0100. 8ª Câmara. Dir. Priv. Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. j. 30.5.2022).

²⁰ ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 656.

²¹ “No dever alimentar a solidariedade familiar entre pais e filhos é ilimitada e pode ir ao extremo de exigir a venda de bens dos pais para atenderem a necessidades emergenciais dos filhos, como cirurgias ou tratamentos de saúde (...) Esse dever de alimentos do poder familiar é sempre prioritário, de maneira que, enquanto o filho for menor de idade, ou maior, mas incapaz, não há que ser falado em uma obrigação de alimentos *stricto sensu*, de modo que os menores de idade têm direito a alimentos mesmo se dispõem de bens suficientes para atender suas necessidades e seu direito alimentar não depende da mostra deste estado de necessidade, como já está condicionado na relação de obrigação de alimentos.” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1004-1005).

²² RIBEIRO, Caroline Alves. Alimentos decorrentes do poder familiar à luz do processo civil de 1973 e legislação especial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 90, p. 149-171, jun. 2018.

²³ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: artigos 1.694 a 1.783*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v. XVII, p. 20.

Pode-se afirmar, portanto, que o dever de sustento – ou dever de prestar alimentos – é a obrigação relacionada ao poder familiar, que persiste na relação entre descendentes e ascendentes até a sua extinção ou mesmo a sua destituição²⁴.

A obrigação de sustento, por sua vez, tem início após a cessação do poder familiar, considerando que, com o encerramento desse, ainda “persiste o vínculo de parentesco biológico”²⁵.

Pereira também define a obrigação alimentar como sendo a obrigação regulamentada no artigo 1.694 do CC/2002, ou seja, aquela destinada a favorecer os que “não têm condições de se autoprover”²⁶.

Para Madaleno, além de outras situações específicas, essa é a obrigação que surge a partir da maioridade e da capacidade do filho, com a cessação do poder familiar.

Farias, utilizando de terminologias sensivelmente diferentes, afirma que a obrigação alimentícia (ou obrigação de sustento) é aquela decorrente do poder familiar, sendo a imposição irrestrita aos pais. O dever alimentar (ou obrigação de prestar alimentos) é “recíproco entre cônjuges, companheiros e parentes mais distanciados, em linha reta ou colateral, exprimindo a solidariedade familiar existente entre eles”²⁷.

Para Rosa, a obrigação alimentar está diretamente relacionada à solidariedade social e familiar, sendo elemento fundamental para a sociedade brasileira, considerando que a família é a base da nossa sociedade.

Essa obrigação, nas palavras do referido jurista, implica na imposição da responsabilidade entre os membros da família pela existência e sobrevivência

²⁴ “Ademais, mesmo com o advento da destituição do poder familiar não será extinta a obrigação alimentícia, a fim de evitar o favorecimento do genitor ocioso, que arrisca a própria integridade do filho. Assim posto, mesmo suspenso ou destituído do poder familiar, continuará o genitor obrigado a contribuir para o sustento do filho.” (RIBEIRO, Caroline Alves. Alimentos decorrentes do poder familiar à luz do processo civil de 1973 e legislação especial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 90, p. 149-171, jun. 2018).

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 534.

²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 15.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 30.

daqueles que não podem prover o próprio sustento, seja pela inexistência de bens para tanto, seja pela impossibilidade ao labor²⁸.

Justamente em virtude desse vínculo sanguíneo ou legal, Costa Filho afirma que a obrigação de prestar alimentos não é autônoma, demandando a preexistência de um vínculo jurídico²⁹.

A distinção entre o dever sustento e a obrigação alimentar é extremamente relevante para o presente trabalho, considerando o tratamento diferenciado dado ao ônus da prova em cada um, qual seja: presunção da necessidade, no caso dever sustento; e necessidade de demonstração da impossibilidade de prover o próprio sustento, no caso da obrigação alimentar³⁰.

2.3 Espécies de alimentos

A doutrina e a jurisprudência estabelecem algumas classificações dos alimentos, dividindo-os de acordo com a natureza (civis/côngruos ou naturais/necessários), a causa jurídica (legal, vontade ou delito), a finalidade (provisórios ou regulares), o momento da prestação (futura ou pretérita) e a modalidade (própria ou imprópria).

Considerando que o presente trabalho tem como objetivo analisar as problemáticas relacionadas ao ônus da prova nas ações alimentícias decorrentes do vínculo familiar (poder familiar e vínculo de parentesco), trabalharemos, neste capítulo, apenas as duas primeiras classificações de alimentos, a saber: quanto à natureza e quanto à causa jurídica de sua fixação.

Como exposto no tópico anterior, os alimentos foram concebidos como prestações devidas para a subsistência de indivíduo que não tenha condições de prover o próprio sustento, sendo, então, esses, os alimentos naturais.

Para Cahali, os alimentos naturais decorrem da própria natureza do ser humano que, desde a sua concepção até a sua independência, tem de ter as suas necessidades supridas por outros, em especial, seus genitores³¹.

²⁸ ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 657.

²⁹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 191-206, jan.-mar. 2017.

³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 16.

³¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 18.

Justamente por isso, os alimentos naturais, nos termos do disposto no artigo 1.696 do Código Civil, são prioritariamente supridos pelos genitores e, na impossibilidade deles, por seus parentes mais próximos.

Para Lopes Herrera, os alimentos que têm como finalidade garantir a sobrevivência e a subsistência do indivíduo são denominados de alimentos necessários, tendo em vista que se destinam, única e exclusivamente, ao custeio de despesas necessárias à manutenção da vida digna do alimentando³².

Esse é o mesmo entendimento exposto por Pontes de Miranda, que afirma que os alimentos naturais são os estritamente necessários para a manutenção da vida³³.

Para Fachin, os alimentos *necessarium vitae*, ou alimentos naturais, são os alimentos em seu sentido estrito, destinados a custear a alimentação, a habitação, a saúde e o vestuário³⁴.

Há, contudo, uma outra espécie de alimentos, não excludente dos alimentos necessários, denominada de alimentos civis ou cômmodos.

Essa espécie, diferentemente dos alimentos necessários, não tem como finalidade – e, portanto, não são arbitrados – com base apenas no necessário à subsistência, mas, sim, tem como objetivo a manutenção do padrão de vida semelhante ao do alimentante.

Os alimentos cômmodos ou civis compreendem as despesas necessárias para, além dos alimentos naturais, custear o lazer e as necessidades de ordem intelectual e moral³⁵, em consonância com as condições econômico-financeiras do devedor de alimentos³⁶.

Pode-se adiantar que é em relação a esse último que reside boa parte das discussões que motivaram a elaboração deste trabalho.

Isso, porque a condição socioeconômica do alimentante é levada em consideração para a quantificação dos alimentos, ou, como Madaleno argumenta, “a

³² CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 16.

³³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 251.

³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Ed. Renovar, 1999. p. 276.

³⁵ “Os alimentos *necessarium persane*, impropriamente qualificados como alimentos intelectuais, são alimentos civis para atender às necessidades de natureza intelectual e formação moral e pessoal, compreendendo a educação e todas as circunstâncias que estão ligadas ao desenvolvimento normal da pessoa.” (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Ed. Renovar, 1999. p. 276).

³⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 909.

estratificação social interfere na quantificação dos alimentos, em indissociável correlação com a riqueza exterior do devedor”.³⁷

Como colocado por Dias, os alimentos civis têm contornos mais amplos do que os alimentos naturais, incluindo, no seu cálculo, o valor necessário para satisfazer as necessidades básicas do alimentando, de forma compatível com as possibilidades do alimentante, compreendendo, aqui, a condição social deste³⁸.

No entanto, conforme será visto no item 2.7.2, a prova da condição social é elemento de difícil (ou impossível) produção pela parte autora, sendo objeto de diversas discussões na doutrina e na jurisprudência.

Para Cunha³⁹, o Código Civil de 2002 avançou ao prever expressamente, em seu artigo 1.694 e parágrafos, os alimentos necessários e os alimentos cômputos, sendo os últimos mencionados ao final do *caput*, ao vincular o valor da prestação com o padrão de vida/”condição social” de quem presta⁴⁰.

Outra classificação de alimentos que merece ser mencionada no presente trabalho diz respeito à causa jurídica da prestação devida, a qual pode ser decorrente da lei, da vontade ou de ato ilícito (delito).

Os primeiros, alimentos devidos em virtude da lei (legítimos), são objeto de estudo neste trabalho, visto que apenas eles estão inseridos no contexto do Direito de Família, já que decorrem da relação consanguínea, do vínculo de parentesco – seja em virtude de relação familiar ou de matrimônio.

Para Buzzi, esses alimentos são fixados em virtude não apenas da disposição legal, mas, também, do dever moral de amparo entre os familiares e aqueles que mantiveram relação íntima ou prolongada de companheirismo e parceria⁴¹.

³⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 909.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados: direito, ação, eficácia, execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2023. p. 28.

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 17.

⁴⁰ “Os alimentos necessários são aqueles que se destinam estritamente à sobrevivência, enquanto os cômputos são mais amplos, destinando à pessoa subsistir de acordo com sua condição social.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 184).

⁴¹ “São os alimentos oriundos do ius sanguinis, face às relações de parentesco ou família res, bem como decorrentes do matrimônio ou da união estável, cuja origem, destes últimos, pode até ser atribuída às relações familiares (alimenta famílias), face ao dever moral de amparo entre aqueles de cuja união, íntima ou prolongada, tenha-se originado parceria, companheirismo, cumplicidade até, independentemente de eventuais demonstrações públicas de afeto, da existência, ou não, de prole, patrimônio etc.” (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p. 39).

Os alimentos fixados pela vontade do homem podem ter como origem um contrato (bilateral) ou disposição de última vontade (unilateral, por meio de testamento, por exemplo)⁴². Esses alimentos também são denominados de deixados, prometidos ou obrigacionais, conforme colocado por Pontes de Miranda⁴³.

Almeida, analisando o tema, afirma que a fixação de alimentos por meio de contrato teve origem no concubinato puro, por meio do qual os concubinos acordavam pela fixação dos alimentos em favor do necessitado. Doutrina e jurisprudência, inicialmente, mostraram-se resistentes a essa disposição, sendo, posteriormente, aceita em nosso ordenamento jurídico⁴⁴. Esses alimentos estão, portanto, inseridos no contexto do direito obrigacional.

Os alimentos deixados em virtude de disposição de última vontade, por sua vez, estão regulamentados no artigo 1.920 do Código Civil⁴⁵ e, justamente em virtude de sua origem – *mortis causa* –, estão inseridos no contexto do direito sucessório⁴⁶, não sendo, pois, objeto de estudo neste trabalho.

Por fim, tem-se os alimentos fixados em virtude de delito, quando são devidos alimentos diretamente à vítima ou aos seus familiares, sendo também denominados de alimentos reparatórios, conforme colocado por Tartuce⁴⁷.

Para parcela da doutrina, no caso dessa última espécie, considerando que os alimentos serão fixados com base no delito e no dano causado, não havendo qualquer

⁴² MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 912.

⁴³ “Deixados, ou prometidos, ou obrigacionais, os que se prestam em virtude de disposição testamentária, ou de convenção.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 252).

⁴⁴ “Foi no concubinato puro que se passou, depois de muito custo, a admitir a obrigação de prestar alimentos feita por acordo de vontades. Não sem antes terem os Tribunais decidido que a obrigação não tinha objeto ilícito mas, uma vez que se tratava de promessa de ato gratuito, não ganhava exigibilidade.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008. p. 263).

⁴⁵ Código Civil, Art. 1.920. O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

⁴⁶ “Legítimos são os alimentos que se devem por direito de sangue (*iure sanguinis*), ou parentesco; e deixados, ou prometidos, ou obrigacionais, os que se prestam em virtude de disposição testamentária, ou de convenção. Só os alimentos legítimos, assim chamados por serem devidos *ex dispositione iuris*, constituem capítulo de direito de família; os convencionais ou obrigacionais ou prometidos e os legados pertencem ao direito das obrigações e ao das sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 252).

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2021. p. 1427.

relação com laços familiares⁴⁸, não há aplicação, portanto, do binômio possibilidade-necessidade, de acordo com a disposição contida no artigo 948, II, do Código Civil⁴⁹⁻⁵⁰.

Almeida, por outro lado, defende a combinação das disposições previstas no artigo 948, II, do CC com as regras do binômio necessidade-possibilidade para a fixação dos alimentos decorrentes de ato ilícito⁵¹.

2.4 Fundamentos dos alimentos

Como exposto anteriormente, os alimentos do Direito de Família têm como origem as relações consanguíneas, os vínculos de parentesco ou o matrimônio e como fundamento, de um lado, as necessidades do indivíduo que não tem condições de prover o seu próprio sustento, e, de outro, as possibilidades de quem deve (pode) custeá-las.

Para Cahali, o ser humano, desde a sua concepção, e em virtude de sua natureza, “é um ser carente por excelência”, dependendo dos responsáveis por sua geração para a produção dos meios necessários à sua manutenção⁵².

Essa dependência e obrigatoriedade de sustento dos geradores do ser humano para com ele existe de maneira incontroversa, e até mesmo inconsciente, cabendo aos pais custear todas as despesas desde a concepção⁵³ até o momento em os filhos

⁴⁸ “(...) não tendo estes afinidade com o instituto dos alimentos, conforme se depreende do art. 1.537 e seguintes do Código Civil, porque representa uma forma de indenização de dano ex delicto, e não um dever oriundo de relações familiares.” (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p. 40)

⁴⁹ ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 658.

⁵⁰ Código Civil, Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

⁵¹ “Há, portanto, que se mesclarem, para os alimentos decorrentes de ato ilícito, as regras das obrigações por ato ilícito com as normas relativas aos alimentos devidos em razão do parentesco.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008. p. 264).

⁵² CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.

⁵³ “A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 260).

adquiram a autonomia financeira⁵⁴, momento no qual perdem o direito de reclamar, a quem quer que seja, o necessário para a sua manutenção⁵⁵.

Para Tartuce e Pereira, os alimentos familiares estão relacionados ao princípio da solidariedade familiar, sendo esse o elemento propulsor do amparo entre seus membros⁵⁶.

Nessa mesma linha, Farias também defende que a obrigação alimentar é uma expressão da solidariedade social e familiar⁵⁷, a qual está expressamente prevista no artigo 3º da CF.

Justamente em decorrência do fundamento da obrigação alimentar ser a solidariedade familiar, a doutrina consolidou o entendimento de que cabe aos membros da família garantir a existência e a subsistência dos entes, impondo, inclusive, responsabilização entre pais e filhos e entre o (ex-)casal⁵⁸, independentemente da figura da culpa pelo fim do relacionamento.

2.5 Alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros nas relações hetero e homoafetivas

O relacionamento amoroso implica no surgimento de obrigações para ambos os conviventes ou cônjuges, entre eles, o dever de mútua assistência, regulamentado

⁵⁴ “Dessa forma, uma vez provada a incapacidade da prole em manter-se sem a ajuda dos pais, é dever dos genitores proverem seu sustento até que a mesma adquira autonomia financeira.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 716).

⁵⁵ “Mas, atingindo o ser humano o seu desenvolvimento completo, o adulto assume, em princípio, a responsabilidade por sua subsistência; deveria cessar, então, para ele, o direito de reclamar de quem quer que seja a prestação daquilo o que é necessário para a sua manutenção.” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 29.)

⁵⁶ “A solidariedade, inerente à família – principalmente a nuclear e a binuclear, nas quais as pessoas são valorizadas por ser a atual família núcleo de companheirismo –, é o elemento propulsor da juridicização do amparo recíproco entre os membros da família. Os alimentos constituem um exemplo desta concepção solidarista (...)” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 2).

⁵⁷ “Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica.” (FARIAS, Cristiano Chaves. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 27).

⁵⁸ “Sob a ótica desse princípio, a solidariedade familiar pactua que a responsabilidade pela existência e sobrevivência de cada um dos membros da sociedade não é apenas dos poderes públicos, mas da sociedade e de cada um de sus integrantes, assim, tal princípio jurídico impõe efeitos de responsabilização dos pais em relação aos filhos (inclusive para muito além da maioria desses) bem como entre o casal.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 657).

nos artigos 1.566, III⁵⁹ e 1.724⁶⁰ do Código Civil, que está presente na constância do relacionamento, podendo, a depender do caso concreto, protrair-se mesmo após o fim da relação, de maneira permanente ou temporária.

Para melhor compreensão desse tema, faz-se necessária a análise do instituto desde a sua regulamentação no Código Civil de 1916 até o presente momento.

Na vigência do Código Civil de 1916, considerando a inexistência de previsão da separação judicial, mas apenas do desquite⁶¹, a prestação alimentícia entre cônjuges sequer era regulamentada de forma expressa, sendo aplicável, de forma analógica, o disposto no artigo 399 do diploma legal vigente à época⁶².

Foi a partir de 1977, com a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que a prestação alimentícia entre cônjuges ganhou regulamentação expressa.

No entanto, ao regulamentar, no artigo 19, a possibilidade de fixação de prestação alimentícia, a Lei do Divórcio positivou o instituto da culpa pelo fim do relacionamento, disciplinando que apenas o cônjuge culpado poderia ser compelido ao pagamento da prestação alimentícia⁶³.

Apesar de representar avanço na positivação da obrigação alimentar com o fim do casamento, a disposição legal foi alvo de críticas de doutrinadores da época, como o atual Ministro do STF Luiz Edson Fachin que considerava inadequada a vinculação do direito a alimentos à inocência do cônjuge⁶⁴.

Em 1994, representando sensível evolução no direito de família, foi promulgada a Lei nº 8.971/94 que regulamentou, dentre outras questões, a possibilidade de fixação de alimentos entre ex-companheiros, abstendo-se, contudo, de investigar eventual culpa pelo fim do relacionamento⁶⁵.

⁵⁹ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) III – mútua assistência; (...)”

⁶⁰ “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

⁶¹ Código Civil de 1916: “Art. 267. Dissolve-se a comunhão: (...) III – Pelo desquite.”

⁶² Código Civil 1916: “Art. 399. São devidos os alimentos quando o parente, que os pretende, não tem bens, sem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o de quem se reclamam, pode fornecer, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

⁶³ Lei 6.515/77: “Art. 19. O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.”

⁶⁴ “Fixado numa perspectiva axiológica, à luz dos princípios, deverá prestar alimentos aquele que puder fazê-lo se (e enquanto) o outro parente necessitar. Esta pode ser razoável dicção dos alimentos conjugais. Sem razão alguma em nosso ver a afirmação segundo a qual “o direito ao pensionamento pressupõe a inocência do cônjuge pela ruptura da união matrimonial” (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Ed. Renovar. 1999. p. 278).

⁶⁵ Lei nº 8.971/1994: Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do

No entanto, em sentido diametralmente oposto, o Código Civil de 2002, reproduzindo a disposição contida no artigo 19 da Lei do Divórcio, manteve a previsão expressa acerca dos alimentos entre cônjuges e companheiros, disciplinando de forma diversa os devidos em favor do cônjuge inocente e do culpado.

É essa a disposição que se extrai da redação contida no parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil de 2002⁶⁶, o qual viabiliza a fixação de alimentos em desfavor do cônjuge inocente, desde que não haja outros parentes do cônjuge culpado que possa custeá-los.

A redação expressa contida nos artigos 1.702 e 1.704 ensejou a formação de entendimento, pela doutrina brasileira, no sentido de que para o cônjuge inocente a regra aplicável para a fixação dos alimentos é a prevista no artigo 1.694 do CC/2002, estabelecendo, de acordo com o caso concreto, alimentos necessários para a sua subsistência e em valor compatível com a condição social mantida pelo casal até durante o relacionamento amoroso, ou seja, os alimentos civis.

Por outro lado, ao cônjuge “culpado” apenas seriam garantidos os valores estritamente necessários à sua subsistência, podendo ser pleiteados somente quando inexistente outro parente que pudesse fazer frente a tais valores.

Esse é o entendimento defendido por Cahali⁶⁷, Farias e Rosenvald que, apesar de reconhecerem a inadequação da investigação da culpa pela falência matrimonial, afirmam que esse elemento interfere diretamente na quantificação da verba alimentícia⁶⁸.

disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

⁶⁶ Código Civil: “Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

⁶⁷ “Nas demais hipóteses (cônjuge não declarado culpado), serão devidos os alimentos civis, compreendendo os alimentos de que o cônjuge necessite para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, e que ‘devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’.” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 253).

⁶⁸ “A relevância da culpa para a fixação dos alimentos ao cônjuge culpado, destarte, é meramente quantitativa, influenciando a fixação do valor da prestação. (...) Na perspectiva do Código civil, o cônjuge inocente, por sua vez, faz jus aos alimentos se comprovar a sua necessidade e a possibilidade de prestação pelo ex-consorte. Será possível, inclusive, pleitear os alimentos mesmo que tenha sido o autor da ação dissolutiva do vínculo matrimonial.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 698-699).

A relativa uniformidade de entendimento na doutrina e na jurisprudência perdurou até o ano de 2010, quando entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 66, que retirou a exigência temporal para a concessão do divórcio, permitindo a sua decretação desde logo.

Diante dessa modificação constitucional, muitos juristas passaram a defender a supressão completa do instituto da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, da discussão acerca da culpa na falência do relacionamento.

Esse é o entendimento defendido por Lagrasta Neto⁶⁹, Rosa, Madaleno, Dias e Cunha⁷⁰, que, em virtude da supressão do instituto da separação judicial e, por conseguinte, da culpa, os alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros deverão ser fixados independentemente das causas da dissolução, como decorrência de “um dever moral e jurídico de solidariedade familiar”⁷¹.

Seguindo esse entendimento, portanto, não haveria mais critério para distinção na fixação dos alimentos entre cônjuges e companheiros, podendo ser pleiteados pela parte necessitada todos os valores necessários para a sua subsistência de acordo com a condição social do alimentante, conforme disposto no artigo 1.694 do CC.

Vale destacar, no entanto, que apesar de coerente e lógico esse entendimento, ainda há muita discussão acerca desse tema na doutrina e na jurisprudência brasileiras, estando pendente de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário que tem como objeto a declaração da permanência, ou não, do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro⁷².

Por fim, ainda sobre a possibilidade de fixação de alimentos em favor de ex-cônjuges e ex-companheiros, vale mencionar que esse direito é assegurado tanto em relacionamento hetero quanto em relacionamento homossexual, considerando o entendimento firmado em maio de 2011, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, por meio do qual o STF assegurou os mesmos direitos aos relacionamentos homoafetivos.

⁶⁹ LAGRASTA NETO, Caetano. *Divórcio: o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/690/Div%C3%B3rcio+%26mdash%3B+O+Fim+da+Separa%C3%A7%C3%A3o+e+da+Culpa%3F>. Acesso em: 4 abr. 2023.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Instituto da separação: para que serve? A quem serve?* Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1832/Instituto+da+separa%C3%A7%C3%A3o+para+que+serve%3F+A+quem+serve%3F>. Acesso em: 4 abr. 2023.

⁷¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1028.

⁷² Tema 1053 do STF. RE nº 1.167.478. Rel. Min. Luiz Fux.

Adotando entendimento acerca da inexistência da separação judicial e irrelevância da verificação da culpa pelo fim do relacionamento, admite-se, portanto, a fixação de alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros, devendo, contudo, ser analisado o caso concreto para aferição do efetivo direito de quem pleiteia, valores e duração da obrigação alimentar.

Isso, porque, assim como ocorre no caso de alimentos em favor de maior de idade, os alimentos em favor de ex-cônjuge e ex-companheiro não são dotados de presunção absoluta, sendo necessária uma análise mais criteriosa dos requisitos objetivos da fixação da pensão alimentícia, considerando que o cônjuge requerente é maior e, em tese, capaz de trabalhar e produzir o próprio sustento.

Justamente por isso, há muita discussão na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza dos alimentos que deverão ser prestados por ex-cônjuges e ex-companheiros – se alimentos naturais ou civis –, bem como em relação ao tempo de duração da obrigação alimentar.

Em relação ao primeiro tópico – alimentos civis ou naturais –, a discussão é teórica, cabendo apenas uma análise dos dispositivos e melhor compreensão acerca da permanência ou não do instituto da culpa.

Isso, porque, a separação gera natural modificação do *status* social e econômico da parte⁷³, não sendo razoável impor à parte com melhores condições a obrigação de manutenção do padrão de vida da parte que não possui referidas condições sociais.

Em sentido diverso, Rosa defende a possibilidade de fixação de alimentos em favor do cônjuge tendo como base a condição social vivenciada na constância do casamento ou da união estável, podendo, assim, ser fixados alimentos ainda que a parte credora tenha condições de produzir renda suficiente para o seu próprio sustento⁷⁴.

⁷³ “Em regra, a separação dos cônjuges, de fato ou de direito, gera natural modificação do status das partes, competindo àquelas adequar suas despesas, compatibilizando-as com suas rendas. Enfim, com a separação tudo muda, como, aliás, foi muito bem e oportunamente lembrado no corpo do v. acórdão do E. TJSP: ‘após a separação, não se pode exigir a manutenção do mesmo padrão de vida, mostrando a experiência que nada mais será como antes’ (AgIn 102.285.4/8-SP, j.18.05.1999, v.u., rel. Des. Laerte Nordi).” (BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002).

⁷⁴ “Por fim, necessário relembrar que, em nosso ordenamento jurídico, a regra é a fixação de alimentos civis que importam, além da subsistência, o custeio do suficiente para a manutenção do padrão de vida. Impressiona a postura quase preconceituosa manifestada em determinados processos judiciais quando

Considerando o quanto já exposto em relação a esse tema – desnecessidade de investigação do culpado –, o presente trabalho entende que, no caso de alimentos em favor de ex-cônjuge e ex-companheiro, a prestação alimentícia deverá ser fixada considerando o necessário para a subsistência do alimentando, de forma compatível com a condição social das partes envolvidas.

Todavia, diferentemente do que ocorre nos alimentos devidos por pais aos filhos, a obrigação alimentar tem de ter prazo, não podendo, salvo algumas exceções, perdurar eternamente.

Isso, porque, não é possível eternizar o dever de mútua assistência entre os ex-cônjuges e ex-companheiros quando o alimentando possui plenas condições de prover o seu próprio sustento com a sua reinserção no mercado de trabalho.

Em outras palavras, não é crível que a obrigação alimentar entre ex-cônjuges e ex-companheiros seja utilizada como desincentivo ao trabalho por aquele que, durante a relação, se dedicou exclusivamente à família⁷⁵.

Por outro lado, cabe ao magistrado analisar a dinâmica familiar para verificar se o alimentando foi incentivado – ou estimulado – a se afastar do mercado de trabalho, por qual período e quais seriam as condições por ele enfrentadas para a retomada de sua atividade laborativa.

Nesse sentido, Rosa destaca o papel relevante do magistrado na análise e na condução do processo, devendo o juiz ficar atento à realidade da família em litígio para verificar o projeto de vida e a dependência que foi criada entre os integrantes do núcleo familiar.

Isso, pois, apesar de muito evoluída e modificada a sociedade, ainda existem casos nos quais a insegurança e a vaidade masculina possam ter motivado e incentivado o outro/outra a não exercer atividade remunerada, criando, assim, extrema dependência financeira e dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, o que, então, embasará a fixação de alimentos transitórios⁷⁶.

a pensão é postulada por um dos consortes que visa a garantia da manutenção do status social vivenciado durante a conjugalidade ou companheirismo.

Uma relação constituída com dependência financeira ou com alto padrão e mantida por um dos parceiros acarretará, por certo, a fixação da obrigação alimentar, ainda que o postulante possua economia própria.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 723).

⁷⁵ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p. 124.

⁷⁶ ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 721.

Justamente em decorrência dessas questões é que os alimentos entre cônjuges e companheiros têm sido cada vez menos frequentes no judiciário brasileiro, visto que, ao dar tratamento igualitário aos gêneros sexuais e diante a inserção da mulher no mercado de trabalho, a prova da real necessidade no recebimento desses recursos, seja de maneira definitiva ou temporária, tem sido cada vez mais rara.

2.6 Alimentos em benefício de pessoa idosas

A Constituição, em seu artigo 3º, IV, veda a discriminação em razão da idade, atribuindo à família e ao Estado o dever de amparo às pessoas idosas.

Em complemento a essa disposição, o Estatuto da Pessoa Idosa, em seu Capítulo III do Título II, regulamenta a obrigação de prestar alimentos, podendo a pessoa idosa pleitear em face de seus familiares, tendo como base o princípio da solidariedade familiar, atribuindo à legislação civil a disciplina em relação à fixação dos referidos alimentos, os quais poderão ser pleiteados pelos pais aos filhos e demais ascendentes ou, na falta deles, aos descendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em graus⁷⁷.

A obrigação alimentar em favor das pessoas idosas muito se assemelha às demais obrigações alimentares anteriormente estudadas, visto que, assim como no caso de ex-companheiros e ex-cônjuges, ou em favor de filho menor, as necessidades não são presumidas, devendo a parte requerente demonstrar tanto a necessidade quanto a impossibilidade de sustento com os próprios recursos.

Em relação a esse último, a depender da circunstância do caso concreto, é evidente que a prova da impossibilidade no sustento por parte do requerente será mais fácil do que nas demais situações já analisadas, uma vez que, com o passar da idade, a debilidade física e a redução nos rendimentos, em contrapartida ao aumento das despesas, facilita a prova da necessidade⁷⁸.

No entanto, esses fatores não são suficientes para afastar o ônus da prova da necessidade, bem como os indícios acerca da possibilidade dos requeridos nas ações, futuros devedores da verba alimentar.

⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 455.

⁷⁸ OTERO, Cleber Sanfelici; INÊS, Patricia de Paula Pereira. De descendentes para ascendentes: o direito das pessoas idosas a alimentos e a responsabilidade solidária dos familiares. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 11, n. 2, 2022.

Vale destacar, contudo, a disposição contida no artigo 1.698 do Código Civil⁷⁹ e que, diferentemente do que ocorre com os alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros, permite à pessoa idosa pleitear alimentos a mais de um parente, observada a ordem de sucessão hereditária, sendo a obrigação solidária.

Isso, porque, pelo princípio da solidariedade familiar⁸⁰, todos os membros da família têm a obrigação de contribuir para o sustento dos demais, sempre observada a proporção e a capacidade contributiva de cada um⁸¹.

Essa disposição tem como objetivo facilitar a fixação de alimentos em favor da pessoa idosa, a fim de observar as disposições constitucionais e infraconstitucionais que visam à sua proteção⁸².

2.7 Critérios para fixação dos alimentos (binômio ou trinômio?)

Os alimentos, como exposto nos itens anteriores, destinam-se, em primeiro e principal objetivo, ao sustento do alimentando, impossibilitado de prover o seu próprio sustento, que poderá, então, pleitear aos parentes ou cônjuges os recursos necessários para a sua subsistência.

Segundo Cahali, esse é o estudo dos *alimenta quo quantitate et taxationem*, que corresponde à análise da “proporção em que devem ser prestados, pressupostas a necessidade do alimentando e a possibilidade do prestante”⁸³.

Pode-se afirmar, portanto, que o estudo das condições objetivas para a fixação da prestação alimentícia está embasado no binômio necessidade-possibilidade.

Rosa afirma, também, a existência de um binômio implícito, relacionado às concepções subjetivas dos envolvidos, visto que o alimentando acha insuficiente o valor que recebe e o alimentante considera elevado o valor que paga⁸⁴.

⁷⁹ Código Civil/2002: Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 547.

⁸¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 467.

⁸² OTERO, Cleber Sanfelici; INÊS, Patricia de Paula Pereira. De descendentes para ascendentes: o direito das pessoas idosas a alimentos e a responsabilidade solidária dos familiares. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 11, n. 2, 2022.

⁸³ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 499.

⁸⁴ ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 697.

2.7.1 Necessidades do alimentando

O primeiro critério – necessidades do alimentando – tem de ser, conforme sugerido por Fachin, interpretado de forma mais ampla do que a literal.

Isso, porque, a palavra necessidade induz entendimento das necessidades vitais, que nem sempre compreende todos os itens que efetivamente compõem os alimentos necessários para a subsistência e a manutenção da dignidade da pessoa humana do alimentando. A título de exemplo, o referido jurista aborda a educação que não é necessária para a manutenção da vida do alimentando, mas, sim, para a sua formação e desenvolvimento⁸⁵.

Para além desse ponto, as necessidades do alimentando também têm de ser analisadas de forma diversa quando o alimentando é menor e incapaz e quando já é maior (seja filho, parente, cônjuge ou companheiro)⁸⁶.

Isso, pois, no primeiro caso – filho menor –, as necessidades são presumidas, em decorrência da previsão constitucional de assistência dos pais em relação aos filhos (artigo 229 da CF⁸⁷), cabendo ao alimentante – por meio de seu representante – quantificá-las.

Em outras palavras, no caso de alimentos devidos a filho menor, incapaz, as necessidades do alimentante gozam de presunção absoluta, sendo defendida, por parte da doutrina, como Dias e Madaleno, a possibilidade de dispensa de provas em relação a esse critério⁸⁸ e a imposição de obrigação irrestrita a fim de custear a alimentação, a educação, a saúde, o lazer e a moradia⁸⁹.

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Ed. Renovar. 1999. p. 269.

⁸⁶ “A necessidade independe de prova quando se tratar de filhos e outros parentes menores; neste caso é legalmente presumida.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p. 377).

⁸⁷ CF: Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados: direito, ação, eficácia, execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2023. p. 27.

⁸⁹ “Em relação aos filhos menores sob ao alcance da autoridade parental, a prova da necessidade é absolutamente desnecessária, pois ela independe de prova quando se tratar de filhos e outros parentes menores; nesse caso é legalmente presumida.” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 191-206, jan.-mar. 2017).

Vale ressaltar, ainda, que o dever de sustento e a presunção das necessidades subsiste mesmo quando o menor possui recursos para o seu sustento, conforme colocado por Pontes de Miranda⁹⁰.

Por outro lado, contudo, caso essas necessidades sejam diferenciadas, extrapolando a normalidade, aí sim deverão ser demonstradas e discriminadas pelo alimentante⁹¹, atribuindo-se, portanto, a ele o ônus de provar as necessidades mencionadas.

O ônus da prova das necessidades também é atribuído ao alimentante maior de idade – seja filho, ex-companheiro(a) ou ex-marido(mulher) –, cabendo a eles tanto a prova da necessidade quanto a sua precificação.

É que, como regra, cada pessoa deverá prover o próprio sustento, de forma compatível e proporcional aos seus rendimentos e seus bens. No entanto, caso o indivíduo não possa, por si próprio, garantir esse sustento integral ou parcialmente, poderá, então, reclamar auxílio (total ou complementar), nos termos do artigo 1.694 do CC.

Em especial, no que tange aos alimentos devidos a ex-cônjuge e ex-companheiro, a questão da necessidade é ponto extremamente sensível.

Isso, porque, conforme trazido pela Lei do Divórcio de 1977, diploma que primeiro regulamentou essa obrigação, a prestação alimentícia será fixada em favor do cônjuge que dela necessitar, compreendendo, assim, aquele que possua bens suficientes para se manter.

E é nesse último ponto, bens suficientes, que permanecem as discussões. O que se deve compreender como “bens suficientes para se manter”?

Para Barra, não se pode interpretar os bens suficientes como sendo apenas valores materiais, bens patrimoniais efetivamente considerados, devendo ser compreendida nessa terminologia também a saúde e a capacidade laborativa para produzir e gerar riqueza⁹².

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 275.

⁹¹ “As necessidades dos filhos, enquanto crianças e adolescentes, são presumidas, não necessitando de grandes justificativas a serem levadas ao julgador. (...) possuindo o filho necessidades diferenciadas, a comprovação é imperiosa nos autos da ação de alimentos para que haja a fixação em patamar diferenciado.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 712.)

⁹² “Aqui o conceito de bens não deve e não pode ficar restrito e limitado a um visual míope ou estrábico de valores materiais de sua constituição. A saúde, capacidade laborativa, intelectual e criativa, são bens inerentes e geradores de produção de riqueza. De igual color, o patrimônio corpóreo e incorpóreo.” (Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002).

Ou seja, apenas poderá ser fixada a pensão alimentícia em favor do ex-cônjuge ou ex-companheiro se presentes os elementos de necessidade e incapacidade laborativa.

E essa incapacidade, vale destacar, deve ser analisada sob o critério temporário, visto que o trabalho é uma obrigação social, não podendo ser imposto a alguém a obrigação eterna para sustento de outro que tem condições de produzir a própria renda.

E essa capacidade na geração de renda deve ser considerada de forma ampla e sem comparação com os valores e o padrão social anteriormente existente. Ou seja, caso o ex-cônjuge tenha condições de produzir, com o seu próprio trabalho, renda suficiente ao custeio de suas despesas necessárias, ainda que em condição econômica inferior ao vivenciado na constância da relação, não haverá a obrigação alimentar.

Nesse sentido, Buzzi afirma que o magistrado, ao analisar o pleito apresentado por ex-cônjuge ou companheiro, deverá considerar alguns critérios para a fixação da prestação, quais sejam, da subsidiariedade da prestação, da proporcionalidade, a causa da necessidade, a capacidade laborativa e a pobreza do alimentante⁹³.

A subsidiariedade consiste na obrigatoriedade de as pessoas maiores e capazes produzirem a renda suficiente para a sua subsistência, podendo recorrer ao auxílio de outros apenas se diante de causas materiais que impossibilitem, analisando em conjunto com essas causas a capacidade laborativa do credor. É a partir desses elementos que será verificada a efetiva necessidade nos alimentos, quantificando-os de acordo com as possibilidades do alimentante.

É evidente, portanto, que para a reunião de todos esses elementos é necessária a instrução probatória. Sendo, no caso de alimentos devidos a maior e capaz, em especial aos ex-cônjuges e ex-companheiros, atribuído o ônus de forma diversa da mencionada no âmbito dos filhos menores⁹⁴.

O que se extrai a partir dos pontos acima expostos é que o primeiro critério para a fixação da prestação alimentar decorre das necessidades para a subsistência e a manutenção da vida do alimentante.

⁹³ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. p. 75.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados: direito, ação, eficácia, execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2023. p. 27.

2.7.2 Possibilidades do alimentante

O segundo critério estabelecido no artigo 1.695 do CC diz respeito às possibilidades do alimentante.

Ou seja, é necessário que aquele que se pretenda a condenação da verba alimentar tenha condições de prover o necessário sem prejuízo de seu próprio sustento⁹⁵.

Conforme colocado por Cahali, ao regulamentar a possibilidade de fixação de alimentos, o legislador pretendeu a proteção do alimentando. No entanto, tal proteção não pode ser imposta com o sacrifício do alimentante, em prejuízo a sua própria subsistência e com violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa limitação à fixação dos alimentos é de tamanha relevância que, para o referido jurista, a insolvência do devedor seria um fato impeditivo à fixação da obrigação alimentar.

No mesmo sentido, Cahali e Venosa⁹⁶ defendem que é prudente que a fixação da obrigação alimentar não seja extrema a ponto de se tornar impossível o cumprimento⁹⁷, nem de impor ao genitor que aliene os seus bens ou contraia dívidas para o pagamento dos alimentos.

É evidente, contudo, que essa análise deve ser feita de forma diversa e com maior cautela quando se trata de alimentando menor.

Isso, porque, conforme já exposto, o dever alimentar decorre do poder familiar, sendo que caberá aos genitores, independentemente de suas condições financeiras,

⁹⁵ “A teor do art. 1.695 do CC/2002, para que exista obrigação alimentar é necessário que a pessoa de quem se reclamam os alimentos possa fornecê-los sem privação do necessário ao seu sustento; se o devedor, assim, não dispõe senão do indispensável à própria manutenção, mostra-se injusto obrigá-lo a privações acrescidas tão só para socorrer o necessitado.” (CAHALI, Yussef Said *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 505).

⁹⁶ “Não se pode pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. (...) Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro. Não há que se exigir sacrifício do alimentante.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 365).

⁹⁷ “É preciso, de outra parte, que a pessoa de quem se reclamam alimentos possa fornecê-los, sem desfalque do necessário a seu sustento, sendo invocável o aforismo: *ad impossibilia nemo tenetur* = ninguém é obrigado ao impossível.” (VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: artigos 1.694 a 1.783*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v. XVII, p. 24).

prover o necessário ao sustento e à subsistência do alimentando menor, conforme defendido por Almeida⁹⁸.

Em outras palavras, no caso de credor de alimentos menor de idade, ainda que as necessidades superem as possibilidades iniciais do alimentante, não há como impor, ao menor e necessitado, o ônus de prover algum sustento ou até menos retirar alguns itens necessários para a sua subsistência, a fim de ajustar os valores para as possibilidades contributivas do alimentante.

Caberá, portanto, ao alimentante se ajustar para fazer frente e custear as necessidades essenciais à subsistência do alimentando.

Vale destacar, ainda, que o elemento da possibilidade também se relaciona ao termo “condição social” contido no *caput* do artigo 1.694 do CC, considerando que as possibilidades do alimentante estarão diretamente relacionadas à sua condição de vida, podendo contribuir, ou não, com valores superiores aos indicados para as necessidades básicas do alimentando⁹⁹.

No entanto, para parcela da doutrina, essas possibilidades não podem levar em consideração o patrimônio do alimentante, mas apenas os seus rendimentos e os sinais exteriores de riqueza¹⁰⁰.

Esse último elemento que compõe a análise das possibilidades do alimentante – sinais exteriores de riqueza – vem sendo debatido pela doutrina e pela jurisprudência há anos, e na VI Jornada de Direito Civil foi positivado no Enunciado 573, o qual afirma que os sinais exteriores de riqueza do devedor de alimentos devem ser considerados para fins da fixação da prestação alimentícia¹⁰¹.

⁹⁸ “Relativamente aos menores, a obrigação de prestar alimentos decorre de dever conjugal, previsto no art. 1.566, IV, do Código Civil. Bem por isso não se há de investigar se o pai tem condições de pagar. sempre condenado a fazê-lo. Se não tem, no momento, como pagar, não paga.” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008. p. 257).

⁹⁹ “De outro lado, a pensão que deve ser fixada ao filho não está limitada àquilo que ele necessita para viver. Deve o pai garantir, com a pensão, o mesmo padrão de vida que dava ao filho antes de perder sua companhia” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008. p. 258)

¹⁰⁰ “Que são recursos da pessoa obrigada? Não se deve considerar o patrimônio inteiro, os bens todos do alimentante, mas, somente, seus rendimentos, suas disponibilidades financeiras. Não seria razoável nem jutos, em regra, constranger-se o devedor a alienar imóvel de sua propriedade para atender às necessidades do alimentante.” (VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: artigos 1.694 a 1.783*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v. XVII, p. 20)

¹⁰¹ “Com relação à possibilidade de quem paga os alimentos, que deve ser analisada após a necessidade, esclareça-se que na VI Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 573, prescrevendo que ‘na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza’.” (SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2021. p. 1428).

2.7.3 Razoabilidade e proporcionalidade

O terceiro critério objetivo destacado pela doutrina e pela jurisprudência na fixação da prestação alimentícia diz respeito à razoabilidade (também denominada por elas de proporcionalidade) do valor dos alimentos.

Esse critério está diretamente relacionado à possibilidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso, porque, não seria razoável que o magistrado impusesse ao alimentante desempregado ou com renda mínima, ônus extremamente elevado e incompatível com a sua renda mensal, especialmente considerando as circunstâncias e possibilidades de prisão civil. Ao passo que também não se mostra coerente, pela simples justificativa de o devedor ser pessoa abastada, fixar valores de alimentos exorbitantes.

Para o Min. Gilmar Mendes, a razoabilidade na fixação dos alimentos, decorrente do princípio da proporcionalidade, deriva da análise sistêmica da fixação dos alimentos, a fim de se observar a equidade, o bom senso e evitar excessos que violem outros princípios constitucionais¹⁰².

Na mesma linha, Dias defende a existência de um trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade para a fixação dos alimentos, afirmando que a forma mais simples e segura para se observar e respeitar o referido trinômio é a vinculação dos alimentos aos rendimentos do alimentante¹⁰³.

Cahali afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade estão relacionadas não apenas à adequação dos valores para não imposição de encargo demasiadamente pesado ao alimentante, mas, também, à adequação dos valores de forma compatível

¹⁰² “Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, segue de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 552).

¹⁰³ “O critério mais seguro e equilibrado para a definição do encargo é o da vinculação aos rendimentos do alimentante. Dessa maneira, fica garantido o reajuste dos alimentos no mesmo percentual dos ganhos do devedor, afastando-se discussões acerca da defasagem dos valores da pensão. Dita modalidade, além de guardar relação com a capacidade econômica do alimentante, assegura o proporcional e automático reajuste do encargo.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011).

com a condição social do alimentante. Esse também é o entendimento de Costa Filho¹⁰⁴.

Nesse mesmo sentido, Tartuce, afastando a vinculação dos alimentos à verba salarial, defende que a existência do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade viabiliza a fixação de prestação alimentícia de forma coerente para garantir a subsistência do alimentando, sem que represente uma “punição” ao alimentante¹⁰⁵.

Segundo Rosa, por outro lado, a análise da razoabilidade dos alimentos é elemento que se mostra presente quando diante de valores de prestação elevados, de forma a garantir alimentos razoáveis e dentro do limite esperado¹⁰⁶, sendo, nas demais situações, observado apenas o binômio necessidade-possibilidade.

Conclui-se, portanto, que o terceiro critério objetivo para a fixação da prestação alimentícia tem como objetivo primordial evitar excessos e injustiças nos valores mensais a serem fixados, assegurando a coexistência da dignidade de pessoa humana de alimentante e alimentando.

Vale mencionar, por fim, outro elemento presente em discussões de prestação alimentícia, e que, de certa forma, se enquadra no último critério analisado, qual seja, a proporcionalidade contributiva dos genitores na prestação alimentícia, nos termos do disposto no artigo 1.703 do Código Civil.

Esse último elemento está presente apenas nas demandas envolvendo menores, visto que nesses casos há a obrigatoriedade, por disposição constitucional, conforme já exposto, para a contribuição de ambos os genitores com o sustento do menor.

Dessa forma, e a depender do caso concreto, é necessário a verificação das possibilidades, não apenas do alimentante, mas, também, do genitor que detém a

¹⁰⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 191-206, jan.-mar. 2017.

¹⁰⁵ “Razoabilidade e proporcionalidade sempre devem estar presentes, portanto, havendo aqui outro exemplo de evolução do binômio para o trinômio alimentar. Não se pode admitir, em hipótese alguma, que os alimentos sejam utilizados como punição. Muito ao contrário, não é esse o seu fundamento, mas sim a manutenção das pessoas que deles necessitam.” (SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2021. p. 1434).

¹⁰⁶ “Em se tratando de pensionamento de elevado valor, além do binômio necessidade-possibilidade (1.694 §1º CC) um terceiro critério deverá ser respeitado: o da proporcionalidade (ou razoabilidade). Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite imposto a este.” (ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022. p. 698).

guarda do menor, a fim de compatibilizar a prestação e fixá-la em observância às proporções de cada genitor.

É evidente, contudo, que assim como os outros critérios trabalhados neste subcapítulo, este também demanda prova e diversas discussões que serão mais bem analisadas ao longo deste trabalho.

Propõe-se aqui, então, a reflexão acerca da existência, em alguns casos específicos, não de dois, nem de três, critérios objetivos para a fixação dos alimentos, mas, sim, de quatro critérios que deverão ser analisados no arbitramento da prestação alimentícia, quais sejam, as possibilidades do alimentante, as necessidades do alimentado, a razoabilidade dos valores dos alimentos e a proporcionalidade da capacidade contributiva dos genitores.

3 TEORIA GERAL DA PROVA

Antes de entrar no tema propriamente dito, é necessário rememorar os pontos relevantes da teoria geral da prova, essenciais para a correta compreensão do tema do ônus da prova.

3.1 Conceito

A origem da palavra prova vem do latim (*probatio*), derivado, por sua vez, do verbo *probare*, que significa examinar, verificar, representando “um procedimento capaz de propiciar um saber”¹⁰⁷.

A partir desse conceito, é fácil perceber que a prova está presente em todas as relações cotidianas e, justamente por isso, a sua definição é complexa e ampla, sendo utilizada em mais de um sentido¹⁰⁸.

Bentham, analisando o conceito da palavra prova, ainda de forma genérica, afirma que:

“El sentido más lato que pueda darse a esta palabra, significa un hecho que se supone verdadero, y se considera como un motivo para dar sé a la existencia o no existencia de otro hecho.”¹⁰⁹

Carnelutti, buscando o sentido jurídico da palavra prova e, portanto, do verbo provar, afirma que, no âmbito dos processos, o juiz tem como objetivo não demonstrar a verdade dos fatos apresentados, mas, sim, “determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos (fatos contestados) mediante processos de dados”¹¹⁰.

Para Santos, no âmbito jurídico, a palavra prova também é empregada em várias acepções, podendo significar a “produção dos atos ou dos meios com os quais as partes o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados; significa a ação e provar, de fazer a prova”¹¹¹.

Marinoni e Arenhart, analisando os conceitos apresentados por Proto Pisani, afirmam que a palavra prova, no âmbito jurídico, pode ter quatro significados

¹⁰⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 53.

¹⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 11.

¹⁰⁹ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Londrina: Ed. Thoth, 2020. p. 50.

¹¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016. p. 78.

¹¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 11.

diferentes: os meios pelos quais o magistrado se utiliza para verificar os fatos que lhe são apresentados; o procedimento para a produção dos instrumentos para o juiz; a atividade lógica do juiz para conhecimentos dos fatos; e o resultado dessa atividade¹¹².

Para Ferreira, por sua vez, no âmbito jurídico, a prova é utilizada com três diversos sentidos: (i) para designar a ação de provar, que compreende “as atitudes das partes e de quem participa do processo para demonstrar a correção de determinada afirmativa fática”; (ii) o meio de prova propriamente dito, que representa o instrumento pelo qual a prova será levada ao processo, ou seja, a forma pela qual as provas são produzidas; e (iii) o resultado, que é o caráter subjetivo da prova¹¹³.

Lopes, afirmando que a prova judiciária é a demonstração dos fatos alegados, defende que para a melhor compreensão do tema é necessário analisar a questão sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo.

O primeiro aspecto, objetivo, consiste no “conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”¹¹⁴.

O aspecto subjetivo, por sua vez, é “a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz”¹¹⁵.

Como colocado por Lopes, o aspecto subjetivo pode variar de pessoa para pessoa, de tal forma que apenas poderá afirmar que um fato foi efetivamente

¹¹² “Pode significar os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, quando se pode falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode representar o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo – esse é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a ideia da atividade lógica celebrada pelo juiz para o conhecimento dos fatos (percepção e dedução na mente de Proto Pisani). E, finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica do conhecimento.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 69).

¹¹³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 54.

¹¹⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

¹¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 39.

demonstrado nos autos quando o juiz formar uma convicção sobre ele e, mais ainda, quando reconhecido esse pela última instância para análise da matéria fática¹¹⁶.

Taruffo, em sentido diametralmente oposto aos demais doutrinadores expostos anteriormente, afirma que apesar de ser uma palavra com diversos significados, seria possível a estipulação de um conceito único para a palavra prova. Todavia, para a obtenção desse conceito único, o autor afirma ser relevante a diferenciação de prova e meios de prova¹¹⁷.

Apesar da colocação de Taruffo, o que se pode concluir a partir de todas as conceituações acima elencadas é que a palavra prova é plurissignificante¹¹⁸, englobando tanto o ato de provar, ou seja, a atividade praticada por quem alega determinado fato para fazer prova dele; quanto o meio de provar, compreendendo as técnicas desenvolvidas para comprovar o fato (prova testemunhal, pericial, documental etc.); e o resultado dos atos e dos meios de prova empregados.

3.2 Finalidade

A partir do conceito de prova exposto no tópico anterior, é possível identificar as finalidades da prova que são separadas, pela doutrina, em três teorias: a verificação dos fatos e das alegações apresentados pelas partes; o convencimento do juiz e a obtenção da verdade¹¹⁹.

¹¹⁶ “Essa apreciação é, porém, subjetiva e poderá não coincidir com a do magistrado, de modo que, em rigor técnico, só se pode dizer que um fato foi demonstrado nos autos quando o juiz formar convicção sobre sua existência.

E mesmo a convicção do juiz (de primeiro grau) poderá não coincidir com a do órgão julgador colegiado (tribunal) de modo que, em última análise, dizer que um fato foi provado no processo é afirmar que sua existência foi reconhecida pela última instância com competência para julgar a matéria fática.” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.)

¹¹⁷ “(...) os meios de prova constituem a base para as inferências lógicas cujo objetivo é dar suporte a conclusões acerca dos fatos em litígio; prova, por sua vez, refere-se aos resultados positivos de tais inferências.” (TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 34).

¹¹⁸ “(...) aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento.” (CAMBI, Eduardo *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 39).

¹¹⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O objeto da prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 274 e 509.

A última teoria – a obtenção da verdade –, conforme será demonstrado no capítulo 3.5, gera diversos debates, tendo em vista que para parcela da doutrina a verdade é uma noção ontológica e impossível de ser atingida ou retratada¹²⁰.

Echandia apresenta crítica a respeito dessa teoria, afirmando que por ser a verdade uma exatidão do próprio fato e, por outro lado, a reconstrução desse fato por meio da prova conterà percepções, raciocínio lógico e trabalho intelectual dos envolvidos, o atingimento da verdade – ou seja, do próprio fato –, por meio da prova é algo impossível¹²¹.

Marinoni e Arenhart também rechaçam essa teoria, considerando ser impossível a reconstrução dos fatos como efetivamente ocorreram¹²².

A segunda teoria estava fortemente presente no sistema processual brasileiro anterior, sendo defendida por muitos juristas da época, como Santos. Referido doutrinador afirmava que a prova tinha como finalidade inculir no julgador a verdade a respeito dos fatos alegados pelas partes¹²³.

Didier Jr., Braga e Oliveira, analisando na atual sistemática processual a segunda teoria, afirmam que ela está relacionada ao sistema tarifário da prova, visto que, o magistrado, diante da impossibilidade de obtenção da verdade absoluta, utilizaria de métodos diversos para, ainda que formalmente, concluir a respeito dos fatos alegados pelas partes¹²⁴.

Por fim, a terceira teoria, para este trabalho, é a que melhor representa a atual realidade do processo civil brasileiro.

¹²⁰ “De todo o exposto, é possível concluir que a finalidade da prova não é a busca da verdade, mas sim, a comprovação das afirmações dos fatos trazidos pelas partes no processo.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2016. v. 2).

¹²¹ HERNANDES, Bruna Molina. *A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos*: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos princípios constitucionais. Dissertação de (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 18.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

¹²³ “(...) a prova visa, como fim último, inculir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado, “A finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 15)

¹²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 48.

Isso, porque, seja pela impossibilidade de obtenção da verdade absoluta ou pela inadequação do sistema tarifário, cabe às partes, em virtude da sistemática do processo, comprovar e convencer o juiz de todas as suas alegações.

Esse é o entendimento de Santos, que afirma ser a finalidade da prova a convicção de alguém, ou, no caso da prova judiciária, do julgador do caso concreto acerca da existência dos fatos da causa¹²⁵.

Na mesma linha, Marinoni e Arenhart defendem que a prova tem “um papel de argumento retórico”¹²⁶, com o objetivo de convencer o juiz “da validade das proposições, objetos de impugnação, feitas no processo”¹²⁷, concluindo, ainda, que é a partir da definição da finalidade da prova que se delimita o objeto dela¹²⁸, conforme será abordado nos capítulos subsequentes deste trabalho.

Didier Jr., Braga e Oliveira destacam, ainda, que a finalidade da prova teria papel relevante tanto na esfera pré-processual quanto extraprocessual¹²⁹.

O papel da prova na fase pré-processual seria o de auxiliar a parte na definição acerca do ajuizamento ou não da ação, bem como das alegações a serem apresentadas.

Em relação ao papel extraprocessual, o qual estaria presente no decorrer da ação, a produção de provas orientaria as partes em relação às chances de êxito na demanda, o que, segundo os autores, ditaria também a conduta a ser adotada por elas em todo o contexto processual¹³⁰.

¹²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. v. 2, p. 371.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

¹²⁸ “É por essa razão que somente os fatos (rectius, as afirmações de fato) controvertidos são objeto de prova, as afirmações de fato sobre as quais não se levanta (por nenhum dos sujeitos do processo) qualquer dúvida são incontroversas e, portanto, estão fora da investigação processual.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 65).

¹²⁹ “Dentro desse contexto, a prova assume uma finalidade sobremaneira importante: serve ela para indicar à parte quais as suas chances de êxito e, por conseguinte, para determinar qual será o seu comportamento no processo ou mesmo antes dele.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 51).

¹³⁰ “Daí se vê que à clássica noção de que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa deve-se acrescentar esse outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do seu convencimento acerca dos fatos da causa.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 51).

Conclui-se, portanto, que a finalidade da prova, dentro da sistemática do direito processual civil brasileiro, é o convencimento do juiz e das partes acerca dos fatos alegados no processo.

3.3 Objeto

O tema acerca do objeto da atividade probatória no direito processual brasileiro não é simples, tampouco claro.

A primeira etapa, conforme abordado por Dinamarco¹³¹ e Lopes¹³², é diferenciar, de forma macro, o que é ou não ser objeto de prova – considerando as alegações e os fatos apresentados pelas partes.

Santos afirmava categoricamente que o objeto de prova engloba os fatos sobre os quais versa a ação e devem ser verificados, incluindo-se neles, também, o direito local ou costumeiro, visto que nessa situação o objeto de prova é o fato da existência daquele direito¹³³.

Para Dinamarco, por outro lado, os fatos não seriam o objeto de prova, tendo em vista que eles existem ou não, aconteceram ou não, as alegações acerca dos referidos fatos é que deveriam ser provadas, uma vez que elas podem ser verdadeiras ou falaciosas.

Oliveira Neto, Oliveira e Medeiros Neto complementam o entendimento de Dinamarco, analisando o tema do objeto da prova no dia a dia forense, a fim de contribuir com a identificação do que efetivamente pode e deverá ser objeto de instrução probatória no feito¹³⁴.

Os referidos autores afirmam que para a correta instrução probatória é necessário, primeiramente, diferenciar ponto e questão.

¹³¹ “Sabido que o vocábulo prova vem do adjetivo latino probus, que significa bom, correto, verdadeiro, segue-se de provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. Não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentiras. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 63-64).

¹³² LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2022. p. 89.

¹³³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 16-17.

¹³⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2016. v. 2. p. 212.

O ponto é tido como uma alegação de uma das partes sobre a qual não houve pretensão resistida da outra parte. Ou seja, consiste em uma alegação de uma parte em que não ocorreu a negação pela parte adversa, não demandando, assim, a dilação probatória.

Redondo, na mesma linha, afirma que o ponto pode ser todo e qualquer argumento apresentado pela parte no processo que, se não for questionado pela outra parte, continuará sendo um ponto incontroverso¹³⁵.

Havendo questionamento da parte ou dúvida do magistrado a respeito do ponto colocado no processo, surgirá, então, a questão controvertida, a qual será objeto de prova¹³⁶.

Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira, a questão é o objeto de prova e, portanto, o denominado fato probando, o qual precisa ser controvertido, relevante e determinado¹³⁷.

A primeira característica do fato probando é a controvérsia, ou seja, o fato probando será objeto de prova se, alegado por uma parte, a contraparte o tiver impugnado¹³⁸ ou sobre ele tiver se quedado inerte.

É esse o entendimento de Carnelutti a respeito dos fatos controversos que são o objeto da prova¹³⁹.

Conforme colocado por Dinamarco, a controvérsia que justifica a instrução probatória é o “choque de razões, alegações ou fundamentos divergentes, que se

¹³⁵ “Ponto pode ser conceituado como qualquer argumento, tese ou fundamento, levantado por alguma parte. Se o adversário não impugnar o ponto, isto é, não apresentar resistência, aquele item permanece como um mero ponto, ou seja, algo incontroverso.” (REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 43-67, out. 2015).

¹³⁶ “Em outras palavras, se ponto é o fundamento de uma afirmação, a questão é o ponto que foi submetido a controvérsia, seja ela suscitada pelas partes, seja ela instituída pelo magistrado; ou ainda, porque a lei determina que a parte esta obrigada a comprovar sua afirmação (...)” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2016. v. 2, p. 212).

¹³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 52.

¹³⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

¹³⁹ “(...) entre os fatos não afirmados por nenhuma das partes, fatos que não existem para o juiz, e os fatos afirmados por todas as partes, que para ele existem sem maiores considerações, se encontra a zona neutra dos fatos afirmados tão somente por uma ou alguma das partes, quer dizer, fatos afirmados, mas não admitidos, que podem existir ou não.” (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016. p. 15).

excluem”¹⁴⁰; se não houver questionamento acerca de um ponto, não haverá, portanto, controvérsia e, por conseguinte, necessidade de dilação probatória.

A partir dessa primeira característica, já é possível identificar fatos que não demandam prova, quais sejam, fatos incontroversos, fatos confessados ou reconhecidos pela parte contra a qual ele litigava.

A segunda característica do fato probando é a relevância para a causa.

Em outras palavras, o fato probando objeto da lide tem de ser relevante e conexo com as causas discutidas no processo, de forma a influir no julgamento da lide¹⁴¹.

Didier Jr., Braga e Oliveira extraem, a partir dessa segunda característica, outros fatos que são excluídos da atividade probatória, por exemplo, fatos que, ainda que de existência possível, são totalmente irrelevantes e incapazes de influir no julgamento da ação, assim como aqueles de prova impossível ou proibida ou cuja ocorrência é fisicamente impossível¹⁴².

O fato probando ainda precisa ser determinado, ou seja, precisa apresentar “características suficientes que o distingam de outros que se lhes assemelham”¹⁴³, a fim de ter clareza acerca de qual será objeto de prova. Conforme observado por João Batista Lopes, alegações genéricas e vagas não comportam prova¹⁴⁴.

A partir da breve descrição das características do fato probando é possível extrair quais questões estão excluídas da atividade probatória, a saber: as relacionadas a fatos incontroversos, o fato notório, as questões de direito e as presumidas, conforme disposição contida no artigo 374 do CPC¹⁴⁵.

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 64.

¹⁴¹ “Fatos relevantes são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide.” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 32).

¹⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 52.

¹⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 52.

¹⁴⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

¹⁴⁵ CPC/2015: Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

As questões incontroversas são aquelas alegadas por uma parte e não impugnadas ou questionadas pela outra partes. Aqui vale um breve esclarecimento acerca de divergência doutrinária sobre o tema.

Para Dinamarco, as questões incontroversas também são aquelas expressamente confessadas pela parte¹⁴⁶. Para Didier Jr., Braga e Oliveira, contudo, a confissão seria meio de prova e não excludente de prova do fato probando¹⁴⁷. A distinção é meramente doutrinaria, mas relevante de destaque.

O fato notório é afirmado por muitos, e até mesmo pelas disposições do CPC/2015, como fato que dispensa a atividade probatória. No entanto, como será mais bem analisado no capítulo 4.4.1 deste trabalho, essa afirmação precisa ser analisada com cautela.

Isso, pois o fato notório apenas se enquadrará como tal em determinado tempo e local, o que é notório hoje, para um caso em São Paulo, pode não ser para um caso julgado no Amazonas, e vice-versa.

Tem-se, assim, que a notoriedade do fato é relativa, dependendo de circunstâncias de tempo e lugar para a sua afirmação¹⁴⁸, o que, muitas vezes, poderá influir na necessidade de prova do fato, inicialmente, tido como notório, ou na prova da notoriedade do fato pela parte que o tem em seu benefício, conforme indicado por Ferreira em artigo publicado sobre o tema¹⁴⁹.

As questões de direito, assim como o fato notório, em sua grande maioria não demandam atividade probatória. No entanto, há a necessidade de realizar uma observação a respeito desse tema.

¹⁴⁶ “O terceiro comportamento com que o réu pode deixar incontroversos os fatos alegados pelo autor é a confissão, que consiste em fazer uma afirmação coincidente com as que o autor fizera. A confissão, que o Código de Processo Civil indica como meio de prova, na realidade é um dos possíveis fatores de incontrovérsia das alegações da parte contrária, o qual as dispensa de prova.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 65).

¹⁴⁷ “Na verdade, a própria confissão, conforme se verá em capítulo próprio, é um meio de prova.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 55).

¹⁴⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

¹⁴⁹ “A parte que tem a seu favor o fato notório libera-se da demonstração do fato, mas não do ônus de provar a notoriedade desse fato, embora quanto mais notório, mais fácil será essa demonstração e o mesmo não precisa fazer parte do conhecimento privado do juiz, basta que este consiga acessar e reconhecer a notoriedade.” (FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (Org.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021, v. 2. p. 711-738).

É que o entendimento acerca da desnecessidade de prova do direito decorre do preceito *iura novit curia*, ou seja, que o juiz tem de conhecer a norma jurídica aplicada ao caso.

Todavia, considerando que alguns casos apresentados ao judiciário envolvem temas relacionados a normas locais, estaduais ou de países diversos de local onde tramita o processo, a prova do direito deverá ocorrer, conforme disposição do artigo 376 do CPC, recaindo a prova sobre o teor e a vigência do direito invocado¹⁵⁰.

Os fatos dados como verdadeiros por presunção legal ou *hominis* também não são objeto de atividade probatória¹⁵¹, conforme será mais bem abordado no capítulo 4.4 deste trabalho.

3.4 Fontes e meios de prova

A prova analisada ao longo deste trabalho tem uma “origem” e um meio para ser obtida no processo. Essa origem é a fonte da prova, que, por sua vez, diferencia-se do meio. Ou seja, fonte e meio de prova não se confundem, mas, sim, se complementam.

As fontes são contemporâneas ao fato probando, ou seja, anteriores ao processo¹⁵² e estão relacionadas às pessoas ou às coisas das quais se possa extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação¹⁵³.

No direito brasileiro, as fontes de provas são consideradas como sendo “todos os seres materiais ou imateriais capazes de gerar informações, sem nenhuma exclusão em tese”¹⁵⁴.

No mesmo sentido, Bentham afirmava que as provas são obtidas a partir das coisas, das pessoas e das relações¹⁵⁵.

¹⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 63.

¹⁵¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

¹⁵² HERNANDES, Bruna Molina. *A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos princípios constitucionais*. Dissertação de (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 28.

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019. v. III, p. 97.

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019. v. III, p. 99.

¹⁵⁵ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Londrina: Ed. Thoht, 2020. p. 434.

Carnelutti, precursor de entendimento diverso, afirma que as fontes de prova são divididas em duas grandes categorias: as fontes de prova em sentido estrito, como sendo “os fatos que servem para a dedução do fato a ser provado”; e as fontes de presunção, “que são os fatos que servem para a dedução do fato a ser provado, que não são constituídos para a representação deste”¹⁵⁶.

Ou seja, para Carnelutti, a fonte de prova em sentido estrito seria o próprio documento, o depoimento da testemunha; ao passo que a fonte de prova por presunção seria o que o sistema processual brasileiro considera como indício.

Didier Jr., BRAGA e Oliveira, contudo, em consonância com a doutrina majoritária, entendem que fontes de prova são as coisas, as pessoas e os fenômenos¹⁵⁷.

Em outras palavras, tudo o que se possa imaginar, a partir do que seja possível obter informações acerca do fato probando, é fonte de prova para o direito brasileiro.

Os meios de prova, por sua vez, são os instrumentos utilizados pelas partes e pelo juiz para que as informações obtidas das fontes de provas cheguem ao processo, são, como colocado por Dinamarco, técnicas internas do processo e do procedimento destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa¹⁵⁸.

Para Santos, os meios de prova são os instrumentos adequados para transportar o fato probando em juízo, podendo variar de acordo com a natureza do fato a ser provado, o qual, por sua vez, poderá ser provado por mais de um meio¹⁵⁹.

Carnelutti, analisando o tema da prova civil e a forma de integração da atividade do juiz na dedução das alegações apresentadas, classifica o meio de prova como sendo a *dedução do juiz*, a forma como a informação chegará ao juiz¹⁶⁰.

A fim de exemplificar o seu entendimento, o autor italiano afirma que *como o juiz não pode ver tudo, assim não pode conhecer tudo, aliás, com maior razão*, motivo pelo qual se utiliza dos conhecimentos do perito que figura, então, como meio de prova. E, conclui, ao final, com a diferenciação entre fonte e meio de prova como sendo aquele a atividade desempenhada pelo juiz para a busca da verdade do fato a

¹⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016. p. 127.

¹⁵⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 39.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 98.

¹⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. v. 2, p. 372.

¹⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016. p. 113.

provar, e aquela (fonte) como a origem da qual se pretende deduzir a própria verdade¹⁶¹.

Nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira, meios de prova são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos e depois à mente do juiz”¹⁶².

No sistema processual civil brasileiro, os meios de prova estão mencionados, de forma não taxativa, ao longo dos dispositivos do Código de Processo Civil, tanto assim que o legislador estipulou, de maneira ampla, no artigo 369¹⁶³, que é permitido às partes empregarem todos os meios legítimos para comprovar as suas alegações.

Lopes afirma que a opção do legislador por um dispositivo não taxativo em relação aos meios de prova decorre do avanço da tecnologia que tem trazido e, certamente, trará outras novidades para a apuração e conferência das alegações apresentadas pelas partes¹⁶⁴.

Vale ressaltar, contudo, que ainda que os meios de prova possam variar de acordo com a natureza do fato, eles precisam ser juridicamente idôneos de forma a viabilizar a sua utilização no processo¹⁶⁵.

Para Dinamarco, por outro lado, os meios de prova, ainda que não elencados de forma expressa pelo legislador, poderiam ser categorizados dentro do seguinte rol: depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal, a documental, a pericial, a inspeção judicial e a confissão, excluindo-se desses a presunção¹⁶⁶.

Para o referido autor, ainda, os meios de provas estão diretamente relacionados com o momento da prova, o qual é composto de três etapas: a

¹⁶¹ “Enquanto isso, e até que não se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta meio de prova a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade.” (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016. p. 106.)

¹⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 39.

¹⁶³ CPC/2015, Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

¹⁶⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 96.

¹⁶⁵ “Os meios de prova variam conforme a natureza do fato. No entanto um mesmo fato pode ser provado por vários meios. Na prova judiciária, os meios precisam ser juridicamente idôneos, isto é, a prova dos fatos, em juízo, faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo.” (FERRAZ, Eric Cesar Marques. Teoria geral das provas e o redimensionamento da cognição. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 4, p. 15-41, jul.-dez. 2016).

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 100.

propositura ou requerimento da prova; o deferimento e, por último, a realização da prova. O tema relacionado ao momento da prova será abordado em conjunto com a dinamização do ônus da prova, no capítulo 4.6 deste trabalho.

3.5 Prova e verdade

Por muito tempo estudiosos do direito defenderam que a finalidade da prova no processo civil seria a busca da verdade, a qual deveria guiar a atuação do juiz de forma a garantir uma solução justa para o litígio posto.

Afirmava-se, também, que no processo civil, diferentemente do processo penal, a verdade buscada seria a formal (menos precisa do que a real, buscada no processo penal).

No entanto, como colocado por Taruffo, a verdade, em sua forma absoluta, é impossível de ser obtida em qualquer área do conhecimento humano, englobando tanto as ciências exatas quanto no âmbito judicial¹⁶⁷.

Para Marinoni e Arenhart, a “verdade” obtida a partir do processo judicial, devidamente instruído e com a aplicação das regras do ônus da prova, por meio do qual o juiz reconstruí os fatos, considerando a sua vivência, interpretação e conhecimento, seria, na realidade, “uma ficção da verdade”¹⁶⁸.

Para Ferreira, também não é possível afirmar a existência da verdade no contexto do processo civil, visto que “verdade de qualquer forma mitigada não é verdade”¹⁶⁹.

Ou seja, não é possível, na opinião do referido autor, afirmar e atingir a verdade – seja na denominação formal ou substancial, conforme anteriormente admitida por diversos doutrinadores –, sendo a busca por ela uma mera utopia¹⁷⁰.

¹⁶⁷ “De fato, a ideia de uma verdade absoluta pode ser uma hipótese abstrata em um contexto filosófico amplo; entretanto, não se pode sustentar racionalmente que uma verdade absoluta possa ou deva ser estabelecida em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial.” (TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 25.)

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

¹⁶⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 278

¹⁷⁰ “Embora toda a teoria processual esteja, conforme já visto, calcada na ideia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto.), não se pode negar que a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 38).

Taruffo, ao discorrer acerca da verdade judicial afirma que:

“O conceito de verdade judicial pode ser discutido; todavia, as coisas são bastante claras quando a verdade dos fatos em disputa é assumida como uma meta do processo judicial e como um aspecto necessário à decisão judicial.”¹⁷¹

Para o referido autor, uma decisão judicial proferida de acordo com a verdade estará fundada em premissas fáticas confiáveis, obtidas a partir dos elementos de prova adequadamente apresentados no processo.

Analisando o tema da prova à luz da verdade para o direito processual civil brasileiro, Dinamarco sustenta que, ciente da dificuldade (ou impossibilidade) de se chegar à verdade absoluta/real, o operador do sistema processual civil brasileiro deverá se ater à prova suficiente, que é aquela fundada em “uma convicção razoável, formada segundo o poder de convencimento racional e segundo o que está nos autos (...)”¹⁷².

Conclui-se, portanto, que o processo não tem como fim a obtenção da verdade – real, absoluta ou relativa –, mas, sim, que será por ela norteado a fim de se buscar uma solução justa a partir das provas produzidas nos autos. A verdade, portanto, ainda que impossível de ser obtida, está diretamente vinculada e relacionada à prova em sua acepção mais ampla.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 20.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 92.

4 ÔNUS DA PROVA

4.1 Conceito

O conceito de ônus da prova não é dos mais simples, tampouco uniforme, no sistema processual civil mundial, ora se aproximando do conceito de dever, ora do conceito de obrigação.

No entanto, apesar de aparentar semelhanças com esses dois institutos, o ônus deles diverge, conforme bem colocado por Chiovenda e Carnelutti¹⁷³.

Chiovenda, nas palavras de Moacyr Amaral Santos, afirma que o ônus de provar diverge do dever pois consiste na atividade empregada pela parte que tem interesse em ganhar e, tendo esse objetivo, deverá “trabalhar” para tanto. É, para o referido jurista italiano “*uma condição para se obter a vitória, não um dever jurídico*”.

Carnelutti, por sua vez, considerando o grau de liberdade do sujeito titular do ônus, classificou o ônus como uma espécie de “dever em sentido amplo”, que difere da obrigação, visto que a “*existe somente obrigação quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena); em contrapartida, se a abstenção do ato faz perder somente os efeitos úteis do próprio ato, temos, a figura do ônus.*”¹⁷⁴

Na mesma linha, Rosenberg defende em seu livro que a atividade probatória das partes decorre de um interesse natural do litigante na obtenção do êxito do processo, de forma que a sua inércia poderá conduzir a um resultado negativo para a parte omissa¹⁷⁵.

Echandía, discorrendo acerca das cargas processuais, afirma que se equiparam a faculdades processuais, apresentando, no entanto, duas importantes distinções, visto que se dirigem às partes e não ao juiz, e sua inobservância não poderá implicar prejuízos aos direitos substanciais¹⁷⁶.

No âmbito nacional, Buzaid, seguindo as lições de Carnelutti, afirma que ônus é uma faculdade ou uma condição para a obtenção de determinada vantagem e o seu

¹⁷³ “Como não existe um dever de contestar, não existe um dever de provar, senão no sentido. Fala-se, por isso, com mais exatidão, de ônus da prova. A atividade que se despende na prova, como em geral a que se empresa em proveito próprio, é uma condição para se obter a vitória, não um dever jurídico.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1970. p. 95).

¹⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016. p. 263.

¹⁷⁵ ROSENBERG, Leo. *Carga de la prueba*. Santiago: Editora Olejnik. 2017. p. 80.

¹⁷⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Ed. Victor P. de Zavalía, 1974. p. 103.

não exercício está relacionado à assunção do risco de decisão negativa e não de uma punição¹⁷⁷.

Para Lopes, contudo, o não exercício do ônus da prova representará, desde logo, prejuízo à parte inerte, “já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes”¹⁷⁸.

Por outro lado, Dinamarco, analisando a temática do ônus da prova, equipara ônus a encargo imposto pela lei para que cada parte possa demonstrar a ocorrência dos fatos por ela alegados¹⁷⁹.

A correlação de ônus a encargo resta mais clara quando analisamos a existência desse instituto em outros sistemas processuais no mundo. É que, como mencionado por Dinamarco, e visto acima, o instituto do ônus da prova em espanhol é denominado de *carga de la prueba*, considerado, portanto, como um peso, um encargo da parte em demonstrar as suas alegações.

Ramos, ao analisar comparativamente ônus e dever, afirma que esse seria uma situação passiva subjetiva com sujeição fraca, considerando que permite ao sujeito a possibilidade de agir ou não em relação a determinado comportamento. Ao passo que o dever impõe uma conduta – uma exigência do Direito – com sujeição radical, não permitindo ao sujeito opções de escolhas entre um agir ou não¹⁸⁰.

Mitidiero, elucubrando de forma crítica a respeito do conceito de ônus apresentado pela doutrina, afirma que o ônus se encontra no campo da liberdade do onerado que pode ou não desempenhar determinada atividade, devendo, assim, ser entendido como um estímulo para a prática ou abstenção de determinado ato¹⁸¹.

¹⁷⁷ “Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. (...)”. (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 57, 1962. p. 126. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>. Acesso em: 16 abr. 2023).

¹⁷⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

¹⁷⁹ “Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 64).

¹⁸⁰ RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 247-262, nov. 2021.

¹⁸¹ MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.

A partir dessa análise, Mitidiero conclui que o “ônus constitui uma posição jurídica que, uma vez livremente exercida, promove o resultado pretendido pela ordem jurídica e pelo onerado”¹⁸².

Pode-se afirmar, então, que o ônus se assemelha à faculdade, considerando que, fundamentado no interesse pessoal, está relacionado apenas ao agir voluntário de quem o detém, sem qualquer implicação no seu exercício.

Utilizando as palavras de Yoshikawa, o ônus cria uma situação jurídica atribuindo à pessoa a faculdade para agir em seu benefício para evitar um eventual prejuízo decorrente de sua inércia¹⁸³.

Nesse mesmo sentido é a afirmação de Rodrigues, ao analisar o conceito de ônus e obrigação, alegando que categoricamente são dois “institutos jurídicos inconfundíveis”, afirmando ser a obrigação uma imposição legal e o ônus uma “faculdade da parte de decidir, por razões de conveniência, oportunidade e/ou estratégia, se realizará ou não o ato”¹⁸⁴.

Todavia, diversamente da faculdade, o agir do ônus está predeterminado pela lei, assim como o risco que será assumido no caso de não atuação, ao passo que a faculdade depende de questões apenas existentes no foro íntimo da parte, reduzindo a previsibilidade dos efeitos decorrentes desse comportamento¹⁸⁵.

Mendes e Lourenço afirmam que ônus, no âmbito do direito probatório, deve ser entendido como um *imperativo do próprio interesse*, considerando que aproveitará a própria parte que atuar de forma diligente na comprovação de suas alegações¹⁸⁶. Os referidos autores complementam, ainda, que o ônus de provar é imperfeito, considerando que o seu descumprimento não necessariamente implicará em prejuízos para a parte.

¹⁸² MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.

¹⁸³ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p. 115-158, mar. 2012.

¹⁸⁴ RODRIGUES, Álvaro José do Amaral Ferraz. *O ônus da prova na fraude à execução de bem sujeito a registro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2019. p. 84.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

¹⁸⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 55-75, jan. 2017.

Para Ferreira, por sua vez, o ônus é uma opção com consequências, assim como o ônus de contestar, o ônus de recorrer¹⁸⁷; no caso do ônus da prova, a parte litigante tem a opção e, caso se quede inerte, sofrerá as consequências cabíveis.

Acrescente-se, ainda, que, diversamente do que ocorre quando se está diante de uma obrigação, no ônus não há a pretensão ao comportamento do outro, há apenas a pretensão de agir ou não do titular do ônus¹⁸⁸.

Na realidade, a relação do ônus da prova – considerando o agente e o “beneficiário” – não tem a relação com esse terceiro envolvido. A relação é apenas da parte que alegou e do juiz que analisará as alegações e os elementos apresentados, ou não, pela referida parte.

Novamente, de modo diverso do que ocorre no descumprimento ou inobservância de um dever ou de uma obrigação, quem não se desincumbir do ônus da prova, não necessariamente sairá prejudicado no processo, podendo, até mesmo, lograr êxito no julgamento final. Ou seja, o ônus da prova não é um comportamento necessário ao julgamento favorável¹⁸⁹.

Analisando o tema do ônus da prova a fim de distingui-lo de um dever, Pedron e Ferreira elencam como uma das diferenças a possibilidade da parte que seria prejudicada por determinada prova ter o direito de apresentar ou não a referida prova no processo¹⁹⁰.

Afirmam, ainda, que apesar da característica cooperativa do processo civil, não é possível tratar o ônus probatório como dever, uma vez que tal conceito implicaria em obtenção de decisões rasas, fundamentadas apenas na omissão e inércia da parte que deixou de produzir as provas que lhe foram atribuídas.

¹⁸⁷ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1005.

¹⁸⁸ “Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio.” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 38)

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 203.

¹⁹⁰ “A questão central é que, sem um dever verdadeiro de produção de provas, dá-se às partes o “direito” de não levar a juízo uma prova que lhe desfavorece, sendo, portanto, natural que ela se valha desse, já que seu intuito final em juízo é vencer a demanda.” (PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018).

Diante desses elementos, ainda que de difícil conceituação, pode-se relacionar o ônus ou encargo probatório à faculdade de provar, e não como um dever de provar¹⁹¹.

Na contramão de todas as conceituações acima expostas, Vitor de Paula Ramos, revendo os conceitos que havia defendido em 2015 e 2018, afirma que para a maior efetividade processual é necessário tratar o ônus probatório como um dever, a fim de garantir que a parte não se movimente apenas em virtude do interesse, mas de forma a evitar uma punição em decorrência do descumprimento de um dever legal¹⁹².

Considerando o conceito do ônus defendido pela maior parte da doutrina como sendo a faculdade da parte em apresentar determinada prova no processo, motivada, portanto, pelo interesse, vale destacar, ainda, subclassificação apresentada por Rosenberg, que aponta a existência do ônus da afirmação e do ônus da prova.¹⁹³

Para Rosenberg, as partes envolvidas em um processo têm a obrigação de apresentar nos autos as suas afirmações, as quais estão relacionadas aos fatos que serão provados e servirão de fundamentos para a sentença. Isso, segundo referido autor, é o denominado ônus da afirmação¹⁹⁴.

Lopes, seguindo as colocações de Leo Rosenberg, também reconhecia o ônus das alegações, o qual serviria de base para os pedidos das partes e para a atuação do juiz, devendo-se, contudo, analisar ele antes do ônus da prova, considerando a cronologia processual¹⁹⁵.

Para referido autor, em entendimento manifestado no ano de 2002, no entanto, o juiz não poderia ter como base para a sua atuação apenas as alegações das partes, devendo, pois, fortalecer e ampliar os poderes instrutórios do juiz.

¹⁹¹ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

¹⁹² RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 247-262, nov. 2021.

¹⁹³ ROSENBERG, Leo. *Carga de la prueba*. Santiago: Editora Olejnik. 2017. p. 80.

¹⁹⁴ “En un procedimiento baseado em la máxima dispositiva, las partes no solo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también deben introducirlos em el processo mediante su afirmación convirtiendolos de este modo em fundamentos de la sentencia. Em esto estriba el concepto de la carga de la afirmación (también llamada carga de la alegación.” (ROSENBERG, Leo. *Carga de la prueba*. Santiago: Editora Olejnik. 2017. p. 61.)

¹⁹⁵ LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2022. p. 136.

De todo modo, ainda que ampliados, em alguma medida, os poderes instrutórios do juiz, ainda existem, no âmbito do sistema processual civil, dois ônus distintos das partes: o ônus das alegações e o ônus da prova, existindo casos de “fatos que devem ser alegados, mas não precisam ser provados, e outros que não precisam ser alegados e podem ser provados”¹⁹⁶.

4.2 Dimensão subjetiva e objetiva

O ônus da prova se expressa no processo sob dois primas: o subjetivo e o objetivo.

O primeiro aspecto, subjetivo, como o próprio nome diz, dirige-se aos sujeitos do processo, autor e réu que terão o encargo de trazer as provas de suas alegações ao processo; é a alegação genérica que o ônus da prova incumbe a quem alega.

Como afirma Ramos ao analisar o instituto do ônus da prova, a dimensão subjetiva seria um estímulo, uma “tentativa mais clara do sistema de, através de tal estímulo, fazer com que o material probatório fosse enriquecido.”¹⁹⁷

Mitidiero afirma que a o aspecto subjetivo do ônus da prova está relacionado à instrução processual e às provas que cada parte terá de produzir em relação as suas alegações¹⁹⁸.

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, a função subjetiva do ônus da prova seria como um farol norteador para a atividade instrutória das partes, de forma a distribuir a “responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”¹⁹⁹.

A afirmação dos referidos autores segue a linha apresentada por Rosenberg que, ao analisar o tema, afirma que a sua conceituação decorre de duas perguntas: quem deve provar e quem está obrigado a provar.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 209.

¹⁹⁷ RAMOS, Victor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p. 53.

¹⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.

¹⁹⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 107.

Sintetizando as conclusões do referido autor, e considerando o cenário de um processo comum, a resposta para essas perguntas seria que as partes deveriam prover as provas de suas afirmações²⁰⁰.

Lopes, analisando o tema do ônus da prova, em sua acepção subjetiva, relaciona-o com o ônus das alegações, considerando que este precede àquele. Dessa forma, o ônus da prova, na sua acepção subjetiva, apenas estaria presente após o despacho saneador, com a fixação, pelo juiz, dos pontos controvertidos²⁰¹.

Para o referido doutrinador, no entanto, a função subjetiva do ônus da prova não se limita a afirmar, de forma genérica, que o autor prova as suas alegações e o réu os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

E isso, porque o tema do ônus da prova, de acordo com cada teoria que o analisa, tem conotações e objetivos diversos. Esse tema será mais bem explorado no capítulo 4.5 deste trabalho.

Carnelutti afirma que o ônus da prova está relacionado ao interesse na comprovação da alegação, mas não somente a esse e, conclui que:

quem propõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam, e quem opõe, por sua vez, uma exceção deve provar os fatos de que resulta; em outras palavras: quem pretende deve provar o fato ou fatos constitutivos e quem excepciona, o fato ou fatos extintivos, bem como a condição ou condições impeditivas.²⁰²

Esse foi o conceito adotado pelo nosso sistema processual, o qual dispõe que o ônus da prova decorre do interesse na afirmação, considerando que esse é unilateral, ao passo que o interesse em provar é bilateral (uma parte quer provar a existência do fato, ao passo que a outra quer provar a inexistência dele)²⁰³.

O ônus da prova, em sua acepção subjetiva, portanto, é dirigido às partes, aos sujeitos do processo, cabendo ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor²⁰⁴.

²⁰⁰ ROSENBERG, Leo. *Carga de la prueba*. Santiago: Editora Olejnik. 2017. p. 34.

²⁰¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

²⁰² LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 266.

²⁰³ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

²⁰⁴ DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

Ocorre que, como colocado por Lopes, a análise e classificação da acepção subjetiva do ônus da prova dessa forma, ainda que suficientes para solucionar grande números de casos, são inadequadas para casos mais complexos.

E, é diante dessa vagueza do ônus da prova na acepção subjetiva que se atua o aspecto objetivo do ônus da prova.

Em outras palavras, quando a atuação das partes, norteadas pelo aspecto subjetivo, mostrar-se insuficiente para o convencimento do juiz acerca dos fatos por elas alegados, estar-se-á diante de um entrave: o juiz, em virtude da vedação ao *non liquet*, é obrigado a proferir sentença, contudo, diante dos elementos constantes nos autos não está convencido das alegações que lhe foram apresentados²⁰⁵, conforme previsão do *caput* do artigo 140 do CPC²⁰⁶.

É nesse momento que se mostra relevante a questão do ônus da prova em sua perspectiva objetiva, a qual, como afirmado por Barbosa Moreira, é uma norma de julgamento a ser observada pelo magistrado quando não convencido das alegações constantes do processo²⁰⁷, devendo, assim, a parte que tinha o encargo de provar, assumir o ônus de sua ausência²⁰⁸.

Ou seja, ônus da prova em seu aspecto objetivo é, a bem da verdade, uma regra de julgamento, dirigido ao juiz se, e somente se, as provas encartadas nos autos se mostrarem insuficientes para a formação e o convencimento do magistrado. Essa condição é necessária para a análise do ônus da prova em sua perspectiva objetiva, pois, a bem da verdade, se após o encerramento das provas o juiz estiver convencido das alegações, será irrelevante a verificação de quem produziu determinada prova²⁰⁹.

²⁰⁵ “É que a atividade jurisdicional há de ser prestada uma vez, não sendo lícito ao juiz declarar que, à Míngua de prova que conduz à certeza, se abstenha de julgar o mérito, porque em tal caso não estaria cumprida a sua missão.” (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 57, 1962. p. 126. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>. Acesso em: 16 abr. 2023).

²⁰⁶ CPC/2015: Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

²⁰⁷ WAGNER, Jorge da Silva. *Ônus da prova e a dispensa discriminatória*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017. p. 33.

²⁰⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 107.

²⁰⁹ “Encerrada a instrução e devendo o juiz proferir sentença, diminui de importância a questão de saber se as provas foram, ou não, produzidas pela parte a quem competia o respectivo ônus. (...) A questão do ônus da prova, em verdade, só ganha relevância quando houver falta ou insuficiência dela, como se verá adiante.” (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.)

Para Rosenberg, no entanto, a perspectiva subjetiva e a perspectiva objetiva do ônus da prova, em um processo dispositivo, estão sempre correlacionadas, sendo que a perspectiva objetiva é a que se sobrepõe, pois, uma vez encerrada a ação, será a partir da perspectiva objetiva que se decidirá quem sofrerá as consequências pela falta de prova²¹⁰.

Analisando a afirmação de Rosenberg no momento do julgamento da demanda, realmente, a função objetiva se sobrepõe à subjetiva, considerando ser essa perspectiva a que orientará o magistrado para julgamento diante da insuficiência de provas.

No entanto, não pode se afastar ou reduzir a importância da função subjetiva, a qual, como já exposto, tem por objetivo orientar as partes na condução de suas ações e na instrução do processo.

Em suma, portanto, a perspectiva subjetiva do ônus da prova orienta as partes na instrução do feito e na produção das provas, ao passo que a objetiva se caracteriza como regra de julgamento em momento após o encerramento da fase instrutória, conforme bem sintetizado por Buzaid²¹¹.

4.3 Princípios relacionados ao ônus da prova

Os princípios fundamentais da prova no âmbito do sistema processual civil são tão diversos que, certamente, não poderiam ter o seu estudo esgotado no presente trabalho.

Em virtude disso, propõe-se, por ora, a análise dos princípios relacionados ao ônus da prova, tema central analisado neste trabalho.

4.3.1 Princípio da aquisição e comunhão da prova

²¹⁰ ROSENBERG, Leo. *Carga de la prueba*. Santiago: Editora Olejnik. 2017. p. 60.

²¹¹ “Pela exposição que acaba de ser feita, bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto subjetivo; e outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.” (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 57, 1962. p. 126. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>. Acesso em: 16 abr. 2023).

O princípio da aquisição e da comunhão da prova é estudado, por diversos doutrinadores, como princípios separados e complementares.

No entanto, como colocado por Ferreira, considerando a relação de interdependência entre os dois princípios, manifestam-se, na realidade, como se um único princípio fossem.

A correlação entre os dois princípios tem origem nas ordenações filipinas, visto que, já naquela época, era considerado que, se uma parte oferecesse determinada prova em juízo e, posteriormente, tivesse interesse em readquiri-la, apenas poderia fazê-lo se contasse com a aquiescência da outra parte²¹².

Ou seja, desde aquela época já se considerava que, a partir do momento em que a prova é encartada nos autos, ela passa a pertencer ao processo, sendo irrelevante a análise de quem a produziu e juntou aos autos.

Para Ferreira, o princípio da aquisição é um dos princípios fundamentais da prova e tem importância para:

(...) aclarar a natureza pública da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, das provas produzidas no processo que, rigorosamente, não têm titulares, havendo apenas destino (os autos) e destinatários, que são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório que, ao final deve ser considerado como um todo unitário.²¹³

Em resumo, o princípio da aquisição pode ser entendido como a “aquisição” da prova pelo processo ao qual ela foi encartada, anulando qualquer controle que a parte que produziu ou levou a prova para os autos teria sobre ela.

Uma vez encartada no processo, a prova poderá ser utilizada por qualquer parte direta ou indiretamente vinculada ao processo, salvo as situações de proteção legal, não havendo titular da referida prova.

Em outras palavras, após a produção e juntada da prova no processo, ela se desvincula de seu produtor e passa a pertencer ao processo, sendo, então, apreciada de forma independente de quem a produziu²¹⁴, inclusive, podendo ser utilizada em desfavor de quem a encartou nos autos.

²¹² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 127.

²¹³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 128.

²¹⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 129.

Para Bueno, o princípio da aquisição, ao desvincular a prova de seu fornecedor no processo, “robustece o entendimento de que o destinatário da prova é o magistrado e não as próprias partes ou eventuais terceiros”²¹⁵.

A respeito do princípio da comunhão, Barbosa Moreira afirma que:

Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o "princípio da comunhão da prova": a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência.²¹⁶

Diante de todas essas colocações, o CPC de 2015, seguindo o quanto já exposto no CPC/73, positivou referidos princípios no artigo 371.

Para Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro, referidos princípios também são sinônimos e indissociáveis.

Uma vez produzidas, as provas passam a integrar o processo, de maneira que, mesmo que seu resultado tenha sido desfavorável àquele que requereu a sua produção, não poderá pretender que seja desconsiderada pelo juiz. Trata-se do princípio da aquisição processual, ou da comunhão da prova.²¹⁷

O artigo 371, além de positivizar os princípios da aquisição e da comunhão da prova, também positivou o do livre convencimento motivado do magistrado, conforme será tratado a seguir.

4.3.2 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio do livre convencimento motivado está positivado nos artigos 371 e 479 do CPC, e coloca fim a diversas discussões acerca do sistema de valoração das provas e do livre convencimento judicial.

No primeiro sistema, o magistrado é “engessado” na análise das provas produzidas no processo, uma vez que elas estão submetidas ao sistema de tarifamento, com “valores predeterminados”. Assim, a conclusão final do processo será obtida, não a partir do convencimento do magistrado com a análise das

²¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. v. 2, p. 220.

²¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 178-184, jul.-set. 1984.

²¹⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 719.

alegações e fatos do processo, mas, sim, a partir dos valores atribuídos às provas apresentadas nos autos²¹⁸.

Em sentido diametralmente oposto segue o princípio da livre convicção, que permite ao magistrado o seu convencimento de forma livre, julgando como entender correto, sem qualquer dever de fundamentar a sua decisão²¹⁹.

O sistema incorporado pelo direito processual brasileiro representa uma moderação entre os dois acima apresentados. Isso, porque, o juiz está livre para analisar as provas dos autos, não existindo qualquer hierarquia previamente estabelecida entre elas, devendo, contudo, motivar e fundamentar devidamente o seu entendimento ao final.

Essa é a previsão que consta expressamente no artigo 371 do CPC, o qual dispõe que:

a lei não estabelece, a priori, valor predeterminado para cada modalidade de prova, a que o julgador esteja adstrito. É tarefa do juiz analisar os elementos de prova e conferir a cada um deles e a todos, em conjunto, o valor que reputa adequado; (...) e a decisão em que irá expor seu juízo de valor, deverá ser motivada (...).²²⁰

Na mesma linha da afirmação, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro, João Batista Lopes sustentam que:

esse sistema procura manter-se equidistante dos anteriores ao recusar o tarifamento das provas, de um lado, e o arbítrio do juiz, de outro. De acordo com o critério da persuasão racional, o juiz não deve decidir exclusivamente segundo as suas impressões pessoais ou escorado em elementos colhidos fora dos autos, mas deve atender ao conjunto probatório e às regras jurídicas de experiência.²²¹

Para Ferreira:

O livre convencimento motivado enaltece a ausência de critérios rígidos para analisar as provas e julgar a lide. Contudo, esta liberdade de convencimento não significa arbítrio ou decisão por intuição: há um freio que é a obrigatoriedade de fundamentar, motivar, este convencimento, o que não somente se encontra na norma do qual se extrai o princípio (art. 131), mas também no art. 165.²²²

²¹⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

²¹⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

²²⁰ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 718.

²²¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

²²² FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

A obrigatoriedade de fundamentação e motivação de seu entendimento pelo magistrado decorre como forma de garantir à sociedade a confiança no trabalho realizado pelo magistrado e, em contrapartida, garantir às partes diretamente atingidas pela decisão judicial os elementos necessários para, se o caso, apresentarem recurso, observando, assim, o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

No âmbito do ônus da prova, e como será mais bem explorado nos capítulos subsequentes, o princípio do livre convencimento motivado expressa-se de forma relevante em dois momentos distintos: na decisão acerca da aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova e na fundamentação de suas decisões após a regular instrução probatória.

4.3.3 Princípio da máxima eficiência dos meios probatórios

O princípio da máxima eficiência, como o próprio nome induz, busca garantir e extrair a máxima eficiência dos atos e das atividades realizadas no contexto do processo.

No âmbito do direito probatório, a manifestação desse princípio é cristalina, considerando que na busca pela qualidade e eficiência dos meios probatórios, a fim de se obter a resolução do *thema probando*, deve-se, sempre, optar pelo meio de prova mais eficiente possível e que, “dentre os modos de comportamento seja escolhido aquele mais apto a alcançar os objetivos para os quais foi deferido determinado meio de prova”²²³.

Para Ferreira, o princípio da máxima eficiência:

(...) é um princípio fundamental da prova cível, portador de relevantes mandados a serem otimizados e que tem potencial para contribuir na melhor aplicação das regras ligadas a prova, o que, em última análise, colabora decisivamente na busca de uma Justiça mais célere e efetiva, anseios de um processo équo.²²⁴

A título de exemplo, o doutrinador menciona a utilidade do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios na definição das provas e da ordem de sua produção no processo, considerando que, apesar de existir uma predefinição no processo, as

²²³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

²²⁴ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

partes e o próprio juiz poderão (deverão) definir a ordem de produção, o ônus da prova e os meios probatório, a fim de garantir maior eficiência para a resolução do conflito.

Além da expressão do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, segundo Ferreira, esse princípio também é fundamental no 4º momento da prova, qual seja, na efetiva produção probatória, a fim de verificar o meio de prova mais eficiente para a comprovação do fato probando, utilizando-se, para tanto, de técnicas executivas probatórias típicas e atípicas²²⁵.

Complementando o disposto por Ferreira, tem-se que o princípio da máxima eficiência probatória, especialmente na 4ª fase, é elemento motivador para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Isso, pois, o magistrado, diante da realidade apresentada no processo e verificando a possibilidade de produção de determinada prova por meios mais efetivos e céleres, ainda que não pela parte que detém o ônus probatório originário, poderá (deverá) aplicar a dinamização do ônus da prova, a fim de garantir a observância do princípio ora em análise.

Diante desses pontos, é possível constatar, também, que o princípio da máxima eficiência tem relação direta com o princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz, conforme se passa a analisar²²⁶.

4.3.4 Princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz

Ao longo de muitos anos (séculos), o papel do juiz nos diversos sistemas processuais mundiais era apenas ser o boca da lei, sem qualquer atuação efetiva na resolução do conflito, considerando que essa seria a melhor forma de se garantir a neutralidade do juiz no julgamento do conflito²²⁷.

Especialmente no sistema processual brasileiro, que se caracteriza como *civil law*, o princípio da neutralidade judicial sempre esteve muito presente, podendo ser identificado, como colocado por Ferreira, pelas seguintes características:

²²⁵ FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para a máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. In: JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Londrina: Ed. Toth. 2021. p. 549.

²²⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 184.

²²⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 223.

(i) na exclusão dos poderes inquisitórios do juiz, que depende da plena disponibilidade das partes em relação ao objeto do processo; (ii) na observância do princípio do contraditório relacionado à atividade probatória; (iii) na admissão de valoração prévia e legislativa de determinados meios de provas²²⁸.

Com o passar dos anos e a evolução da doutrina jurídica, a necessidade de um magistrado mais efetivo e atuante fez com que o juiz deixasse de ser mero figurante para se tornar uma parte atuante na resolução dos conflitos.

Evidentemente que esse movimento também representou uma mudança nos seus poderes, os quais foram ampliados para refletir, agora, o seu protagonismo como condutor do processo.

Para o que importa ao presente trabalho, a atuação do magistrado no âmbito da instrução probatória também ganhou importante destaque, considerando que esta é, se não a principal, uma das principais atividades para a solução do conflito a ele levado.

Nesse contexto, então, surgiu o princípio do dever-poder instrutório do juiz, o qual prevê que o magistrado da causa, a fim de garantir a solução efetiva da lide e extrair a máxima eficiência das provas a serem produzidas no processo (correlação com o princípio analisado no item anterior), poderá atuar de ofício, a fim de garantir o convencimento acerca de alegações de fatos apresentadas pelas partes.

Muitos doutrinadores e operadores do direito, contudo, apresentavam resistência no reconhecimento e na positivação desse princípio e da possibilidade de atuação do magistrado na fase instrutória, afirmando que essa atuação poderia representar quebra de imparcialidade.

Em oposição a essa resistência, é preciso destacar argumento apresentado por Ferreira no sentido de que a imparcialidade não pode ser entendida como distanciamento do magistrado em relação ao processo, o qual tem que ter uma atuação ativa e não como um “juiz de pedra”²²⁹.

²²⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 223.

²²⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 240.

O referido autor afirma também que “a imparcialidade do juiz não é afetada pela sua postura instrutória ativa, mesmo que principal e não apenas subsidiária”²³⁰.

O princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz tem importância singular para o estudo do direito probatório e, em especial, para o tema do presente trabalho, considerando a necessidade de adoção de um posicionamento judicial para a deliberação acerca da modificação do ônus da prova, conforme será mais bem explorado no capítulo 6 deste trabalho.

4.3.5 Princípio da autorresponsabilidade

O princípio da autorresponsabilidade está diretamente relacionado ao encargo probatório imposto originariamente às partes ou distribuído de forma diversa no curso do processo.

Isso, porque, conforme dispõe Enchandia, a parte é totalmente responsável pela sua atividade probatória ou por sua inércia²³¹.

Na mesma linha, Cambi, ao analisar o direito ao silêncio, aborda o referido princípio ao afirmar que a parte a qual foi atribuída o encargo probatório não está obrigada a produzir prova contra si mesma. No entanto, que ao optar pela inércia, tem de assumir os riscos decorrentes da não produção probatória²³².

Em outras palavras, então, o princípio da autorresponsabilidade está relacionado às consequências impostas pela parte em decorrência da sua atividade probatória ou, na mesma medida, da sua inércia.

No âmbito deste trabalho, o princípio da autorresponsabilidade será melhor explorado considerando as consequências para alimentante e alimentando na correta ou deficitária instrução probatória de acordo com a distribuição estática ou, após a aplicação da distribuição dinâmica, que se propõe ao final deste trabalho.

²³⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 241.

²³¹ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Ed. Victor P. de Zavallá, 1974. p. 103.

²³² “Porém, ninguém é obrigado a provar os fatos contrários. O adversário não poderá ser coagido a isto. Poderá optar em nada provar. Todavia, a distribuição dinâmica das cargas probatórias ou a inversão do ônus da prova significa que quem deveria comprovar o fato e não o fez deve sucumbir.” (CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015).

4.3.6 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório, direito fundamental expressamente previsto na constituição federal, também está presente no âmbito da instrução probatória, uma vez que seria contraditório construir um modelo constitucional do direito processual civil, sem que isso refletisse no amplo acesso à prova, ou seja, no “direito fundamental à prova”²³³.

A bem da verdade, como colocado por Arruda Alvim, o direito à prova emana da própria concepção do contraditório,

(...) porquanto a proposição, admissão, e conseqüente produção das provas são essenciais para que as partes possam influir na decisão judicial no que concerne às questões fáticas. Trata-se de direito que provém do contraditório e à luz dele deve ser exercido.²³⁴

Como colocado por Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro:

O princípio do contraditório impõe que as provas produzidas pelas partes sejam analisadas e consideradas pelo juiz no momento da sua decisão. Se as partes produziram provas, mas o juiz não demonstra que as considerou em seu pronunciamento, a decisão será nula por ofensa ao contraditório e vício de fundamentação.²³⁵

Na realidade, o princípio do contraditório está correlacionado a todos os demais analisados anteriormente, tendo em vista que em todos os momentos – na máxima eficiência dos meios probatórios, na valoração da prova, na motivação da decisão sobre provas etc. – deve ser observado e assegurado o contraditório entre as partes.

Aliás, a própria atividade probatória decorre da aplicação do princípio do contraditório, considerando que esse é o meio que as partes possuem para a demonstração e comprovação dos elementos de sua defesa em relação à contraparte.

4.4 Facilitadores liberatórios do ônus da prova

Ainda no contexto do ônus da prova – regra geral –, vale analisar brevemente o que é considerado pela doutrina como facilitadores ou liberatórios do ônus da prova.

²³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. v. 2, p. 217-218.

²³⁴ ARRUDA ALVIM; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 304, p. 17-37, jun. 2020.

²³⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. DE MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 718.

O artigo 374²³⁶ do CPC dispõe acerca dos fatos que não dependem de prova, ou seja, sobre os quais a parte que os alegar não precisará, em regra, produzir provas.

Analisando essa afirmativa sob a perspectiva do juiz, tem-se que há uma dispensa para a formação da convicção, tomando-se como verdadeiro o fato alegado, devendo, contudo, considerá-los no momento da valoração do conjunto probatório e na formação da convicção global para a decisão²³⁷.

Dentro desse conjunto, incluem-se, também, os elementos de prova indireta, que são os indícios e as presunções. Esses elementos estabelecem que, a partir de determinado fato conhecido e, por meio de um raciocínio lógico dedutivo, chega-se ao fato probando, conforme será mais bem explorado a seguir.

4.4.1 Fatos notórios

Os fatos notórios, assim como os demais fatos alegados pelas partes no processo, são fatos que apresentam importância para o julgamento da ação e para a convicção do magistrado, diferindo-se, no entanto, dos demais, pois são de conhecimento de uma parcela da sociedade em determinado momento histórico, determinada região, estado ou país²³⁸.

Os fatos notórios são, para Santos, aqueles acontecimentos do “conhecimento do cidadão de cultura média numa sociedade historicamente considerada”²³⁹.

Ou seja, os fatos notórios são aqueles considerados em determinada realidade social e histórica, modificando a notoriedade do fato a depender do local da ação e do momento histórico em que ele é apresentado.

Justamente por isso, Ferreira afirma que a notoriedade do fato alegado por ser objeto de prova. É que, para o referido jurista, a parte está liberada de comprovar a

²³⁶ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 136.

²³⁸ FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. In: Malfatti, Alexandre David; Garcia, Paulo Henrique Ribeiro; Shimura, Sérgio Seiji (Org.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021. v. 2, p. 724.

²³⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 168.

existência do fato notório, mas não a notoriedade do fato em si²⁴⁰, a qual, como bem colocada por Lopes, “é um conceito relativo, que depende de circunstâncias de tempo e de lugar”²⁴¹.

Esse é também o entendimento de Teresa Arruda Alvim, Maria Lucia Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro, que afirmam que a notoriedade, quando impugnada pela outra parte, deverá ser objeto de prova pela parte que alegou o fato notório²⁴².

De todo modo, estando o juiz diante da alegação de um fato notório, terá um dos vetores liberatórios do ônus da prova, presumindo, portanto, a veracidade da alegação apresentada pela parte. No entanto, o facilitador não impede que a parte contra a qual incida o fato notório produza prova para desqualificá-lo²⁴³.

4.4.2 Presunção

Outro facilitador indicado no artigo 374 é o que a presunção, indicada no inciso IV do referido dispositivo legal.

As presunções podem ser conceituadas como “o conhecimento de certo fato que pode ser induzido pela verificação de outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado.”²⁴⁴

Santos conceitua presunção como “a ilação que se tira de um fato conhecido para se provar a existência de outro desconhecido”, considerando os constantes efeitos de um fato²⁴⁵.

²⁴⁰ FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (Org.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021. v. 2, p. 725.

²⁴¹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

²⁴² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 725.

²⁴³ FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para a máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. In: JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Londrina: Ed. Toth. 2021. p. 555.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 158.

²⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 82.

Na mesma linha é o entendimento de Nery Jr. que, analisando o disposto no artigo 374 do CPC, afirma que a presunção “é o convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtido mediante fato conhecido e conexo”²⁴⁶.

Teresa Arruda Alvim, Maria Lucia Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro conceituam as presunções mencionadas no artigo 374 como “operação mental por meio da qual o juiz, partindo da convicção a respeito da existência de um determinado fato secundário, infere como razoável a probabilidade que o fato primário ocorreu”²⁴⁷.

Marinoni e Arenhart sustentam que as presunções mencionadas pelo legislador no referido dispositivo são as presunções legais absolutas (*iure et de iure*), ou seja, presunções em relação as quais não caberá a produção de prova de existência e veracidade. Essas presunções estão ligadas ao direito material, sem referência direta ao direito processual.

Para referidos autores, as presunções absolutas não comportam prova, seja para a afirmação de veracidade, seja para desqualificar o fato presumido, diferente, contudo, do que ocorre no caso das presunções relativas (*iuris tantum*)²⁴⁸.

Nas presunções legais relativas, por outro lado, o efeito “liberatório” se manifesta apenas em relação à parte que alega o fato secundário, e, assim como ocorre no caso do fato notório, não há impedimento para que a parte contrária produza prova para desqualificar a referida presunção²⁴⁹.

As presunções judiciais, por sua vez, não estão positivadas no ordenamento jurídico, mas, sim, decorrem do raciocínio judicial que, a partir das alegações e dos demais elementos constantes do processo, em conjunto com os indícios e às máximas da experiência, deduz a ocorrência de um fato pela verificação de outro²⁵⁰.

²⁴⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2023. *E-book*.

²⁴⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 726.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 151.

²⁴⁹ FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. In: Malfatti, Alexandre David; Garcia, Paulo Henrique Ribeiro; Shimura, Sérgio Seiji (Org.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021. v. 2, p. 736.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 159.

Barbosa Moreira, analisando o tema das presunções judiciais e legais, afirma que:

Numa e noutra, estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificando o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem normalmente juntos (...). A diferença capital reside em que, numa hipótese, se deixa ao órgão judicial o estabelecimento da correlação entre os dois fatos, o conhecido e o desconhecido, ao passo que, na outra, é o próprio julgador quem dá como pressuposta a correlação, excluindo, em certa medida, a valoração do juiz.²⁵¹

As presunções, portanto, são instrumentos liberatórios do ônus da prova, sendo que nas absolutas, sequer admitem a prova em contrário, ainda que as circunstâncias fáticas demonstrem a ilogicidade do fato tido como absoluto²⁵².

4.4.3 Indícios

Os indícios são os fatos, sinais, vestígios ou circunstâncias que servem de premissa do raciocínio para a demonstração de uma alegação, que apenas têm valor com o raciocínio judicial, mas, isoladamente, são insuficientes para a instrução probatória.

Nas palavras de Marinoni e Arenhart, “o indício não é prova, mas sim elemento para a formação do juízo acerca da afirmação do fato direto”²⁵³, e isoladamente de nada servem, nada comprovam ou demonstram²⁵⁴.

Santos, utilizando-se do conceito apresentado por Câmara Leal, afirma que o indício é o fato conhecido a partir do qual, em decorrência do princípio da causalidade, se extrai, induz o fato desconhecido²⁵⁵.

²⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 165.

²⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts 31 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. v. 2, p. 261.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 122.

²⁵⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 67.

²⁵⁵ “O indício – diz êle – é o fato conhecido do qual, em virtude do princípio da causalidade, se induz o fato desconhecido, ao qual se atribui a função de causa ou efeito em relação ao fato conhecido.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. dd. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1970. p. 84-85).

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, o indício é o fato conhecido que, por raciocínio lógico dedutivo, sugere a causa ou o efeito do fato desconhecido. Os referidos autores reforçam, também, que o indício, por si só, não tem qualquer valor²⁵⁶.

Portanto, diante do vazio que o indício representa se analisado individualmente, é possível afirmar que indício, ou fato indiciário, não é prova propriamente dita, mas ponto de partida para que o juiz, por meio de raciocínio judicial dedutivo, comprove a afirmação do fato direto pretendido.

No entanto, vale destacar que para que o indício possa ser utilizado como forma de convencimento do juiz acerca do fato direto, também deverá ser objeto de prova.

Ou seja, diferente do fato notório, o indício demanda prova do fato secundário alegado, a partir do qual, em conjunto com o raciocínio judicial, será extraído o fato primário, esse, sim, sem proba direta.

4.4.4 Máximas da experiência

As máximas da experiência, ou regras da experiência, são elementos do conhecimento judicial utilizados para a formação do raciocínio lógico dedutivo do magistrado acerca do litígio posto para julgamento.

Santos afirma que as máximas da experiência estão relacionadas ao conhecimento de qualquer pessoa de cultura média, não sendo, portanto, exclusivo do saber do magistrado²⁵⁷.

Lopes, por outro lado, afirma que as máximas da experiência são o conjunto de noções e conhecimentos jurídicos adquiridos pelo juiz, ao longo de sua experiência profissional, social e prática, lastreados na observação de casos particulares segundo o que ordinariamente acontece²⁵⁸.

Para Ferreira, as máximas de experiência não podem ser compreendidas como acontecimentos únicos, mas, sim, como “uma série de casos, suas condições, suas

²⁵⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 67-68.

²⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1970. p. 164.

²⁵⁸ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

consequências”, que ocorram de formas reiteradas e repetidas na vida do magistrado²⁵⁹.

As máximas da experiência apresentam, como características, a generalidade e a abstração e se subdividem em duas espécies: comuns ou técnicas, conforme mencionado no artigo 375 do CPC²⁶⁰.

As primeiras *decorrem de generalização formada no seio da sociedade*, relacionadas com crenças religiosas, moral, leis naturais, lógicas ou científicas, que podem ser conceituadas como

(...) ferramentas do livre convencimento motivado, de grande importância para o juiz no momento da valoração das provas (momento 4) sendo empregadas para auxiliar na análise do conjunto provatório, não somente funcionarão como sinapses entre os elementos de prova, permitindo análises críticas e raciocínios, como fornecerão elementos para a motivação na decisão.²⁶¹

As técnicas, por sua vez, têm relação com o pensamento técnico-científico sobre determinado tema, e, por esse motivo, segundo William Santos Ferreira, o magistrado deverá utilizar de prova pericial, mesmo que possua conhecimento técnico para tanto. Ou seja, ainda que seja possível a aplicação de uma regra de experiência técnica, deverá o magistrado determinar a realização da perícia técnica competente²⁶².

Essa seria uma forma de garantir o contraditório, a ampla defesa e a participação das partes do processo em todas as etapas e instâncias do litígio.

Didier Jr., Braga e Oliveira, contudo, afirmam que se as questões técnicas forem do conhecimento de todas as partes do processo, o juiz poderá seguir com o

²⁵⁹ “As regras da experiência surgem pela observação do que comumente acontece, fazem parte de uma cultura geral norma do juiz, e serão aplicadas independentemente de prova das mesmas (Moacyr, Comentários, p. 43), mas é imprescindível serem, efetivamente, resultado de uma série de casos; há, mal comparando, uma “notoriedade” na regra de experiência.” (FERREIRA, William Santos. *In: In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1018.

²⁶⁰ CPC/2015, Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

²⁶¹ FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (Org.). Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021. v. 2, p. 736.

²⁶² FERREIRA, William Santos. *In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1019.

juízo, independentemente de perícia. Todavia, caso seja do conhecimento exclusivo do juiz, será necessária a realização de prove pericial²⁶³.

A respeito das máximas de experiência, Lopes faz destaque relevante, reconhecendo a sua importância para o julgamento dos casos, alertando, contudo, que:

Sempre que as questões de fato se mostrarem complexas ou exigirem conhecimentos especializados, não deverá o juiz dispensar o concurso de técnicos ou profissionais competentes, cujas conclusões, via de regra, conferirão maior segurança aos julgamentos.²⁶⁴

As máximas da experiência, portanto, estão relacionadas ao raciocínio cognitivo realizado pelo magistrado no âmbito probatório que, diante das provas, dos fatos notórios e dos indícios presentes nos autos, forma a sua convicção, não se caracterizando como meio de prova propriamente dito.

4.4.5 Distinção entre fato notório, indício, presunção e máximas da experiência

Feitos as conceituações a respeito dos elementos liberatórios do ônus da prova, cabe, agora, fazer breve distinção entre esses institutos, a fim de evitar a confusão na sua utilização.

A primeira distinção que merece destaque, conforme mencionado por didier jr., Braga e Oliveira, diz respeito às máximas da experiência e ao fato notório. Para referidos autores, os dois compõem um mesmo gênero – *o saber privado do juiz*. Todavia, são institutos distintos, tendo em vista que os fatos notórios ocorreram e são acessíveis por todos que, de uma maneira geral, vivem no mesmo ambiente sociocultural que o juiz. Ao passo que as máximas de experiência são “hipóteses construídas por indução a partir do que normalmente acontece”²⁶⁵.

Com todo o respeito ao entendimento dos referidos autores, mas, na visão deste trabalho, a semelhança entre os dois institutos é mínima se comparada aos elementos que os distinguem.

²⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 66.

²⁶⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

²⁶⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 67.

Isso, porque, a natureza, a função e o momento do fato notório e das regras de experiência são bem diversos. Aquele – fato notório – é do conhecimento comum da sociedade e tem de ser alegado pela parte no primeiro momento, essas, por sua vez, são próprias do juiz e, portanto, não podem ser objeto de alegação pelas partes²⁶⁶.

Cambi, analisando as diferenças entre os dois institutos afirma que:

estas (máximas de experiência) não têm como objeto um fato, mas uma regra, que é facilmente encontrada nas fontes de cultura comum, e se forma com base na repetida experiência de um fato dado, segundo um processo de abstração e de generalização. Destarte, a notoriedade recai sobre os fatos concretos, ao passo que as máximas de comum experiência são abstratas, porque, saliente-se, decorrem de diversas observações sobre fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito, enquanto o fato se torna notório pela afirmação de diversos observadores quanto à ocorrência de um único acontecimento.²⁶⁷

As diferenças entre máximas de experiência, indícios e presunções são, por outro lado, mais tênues, visto que estão, quase sempre, correlacionados.

Como mencionam Didier Jr., Braga e Oliveira, a máxima da experiência é a conexão entre o indício e a presunção judicial, sendo a última “a conclusão de um silogismo, cuja premissa maior é uma regra de experiência e a premissa menor, o indício”²⁶⁸. Todavia, a presunção não é nem meio, nem fonte de prova; ao passo que o indício é considerado um meio de prova, tanto assim que utiliza-se da terminologia prova indiciária, e, também, um objeto da prova.

Dinamarco, demonstra mais claramente essa correlação entre máximas da experiência e presunção, afirmando que:

Alegado um fato que a lei manda presumir (presunções legis) ou que os tribunais presumem segundo as máximas de experiência dos juizes (art. 375 – *praesumptiones hominis*), essa alegação será reputada verdadeira e ocorrido o fato alegado; ela fica portanto excluída do objeto da prova, ainda quando contrariada pela negativa que a parte contrária haja formulado.²⁶⁹

Vale esclarecer que os facilitadores não levam ao esclarecimento do fato em si, mas, em conjunto com as máximas da experiência e dos demais elementos, auxiliam na presunção do fato, então fato presumido, contribuindo para a formação da convicção judicial necessária ao julgamento final do processo.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 137.

²⁶⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2006. p. 332.

²⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 71.

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 69.

Então, como colocado por ferreira, o fato notório, as presunções, os indícios e as máximas de experiência não são meios de prova, mas, sim, meios de liberação do ônus de provar.

4.5 Principais teorias sobre o ônus da prova

O ônus da prova é tema que demanda muitas discussões e debates desde, ao menos, o século XIX, impulsionado pelos pensamentos do filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham

BENTHAM, sem entrar na temática denominada de distribuição dinâmica do ônus da prova, afirmava que o ônus deveria ser atribuído àquele que teria mais condições de produzir referida prova, compreendendo aqui, a produção com menor dificuldade e onerosidade²⁷⁰.

De acordo com a teoria apresentada por Bentham, a proteção do sistema judiciário deveria ser destinada ao autor e não a réu, o que justificaria, portanto, a atribuição do ônus da prova de forma diversa em todos os casos, dependendo da análise do magistrado acerca de qual parte teria mais condições para produzir determinada prova no processo.

Santos afirma que esse modelo apenas seria justificável e aplicável em sistemas processuais com o predomínio absoluto do juiz na instrução do processo (processo inquisitório)²⁷¹, visto que a teoria apresentada pelo jurista inglês consiste no verdadeiro *instituto da “investigação da verdade”*.

Para Yoshikawa²⁷² e Pedron²⁷³, a teoria apresentada por Bentham, apesar de relacionada à distribuição dinâmica do ônus da prova, tinha contornos diferentes do que hoje se debate, considerando que o jurista inglês proporia a distribuição flexível como regra e não como forma de correção de injustiças no caso concreto.

Ou seja, pela teoria de Bentham não haveria uma regra predeterminada acerca de qual parte teria o ônus inicial, sendo esse atribuído de forma variável a depender das peculiares de cada caso.

²⁷⁰ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Londrina: Ed. Thoth, 2020.

²⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 100.

²⁷² YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p 115-158, mar. 2012.

²⁷³ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmica no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

Em contrapartida à teoria de Bentham, surgiram defensores da atribuição estática do ônus da prova, cabendo a quem alega um direito a prova de sua existência. Essa é a premissa da teoria de Weber e Bethmann-Hollweg.

De acordo com essas teorias, a prova recairia sobre as relações jurídicas e não aos fatos em si considerados²⁷⁴.

Em sentido oposto, é a teoria de Fitting que afirma que o objeto da prova – e o ônus – é o fato e não o direito. Referido jurista ainda afirmava que os fatos alegados e não provados serão tidos como inexistentes e, justamente por isso, o ônus da prova deve ser entendido como uma necessidade prática para que o juiz possa considerar o fato alegado como existente²⁷⁵.

Nesse sentido, Betti afirma que o ônus da prova está relacionado ao ônus da afirmação, o qual, por sua vez, decorre do ônus da demanda – ao autor cabe o ônus da ação, compreendendo, assim, o de afirmar e provar os fatos constitutivos de seu direito, e, ao réu, o ônus da exceção, englobando o ônus dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito alegado pelo autor²⁷⁶.

Em entendimento semelhante, Chiovenda sustenta que cabe a quem alega comprovar os fatos que sustentam o seu direito e, por outro lado, quem afasta a referida pretensão, acostar as provas da extinção, modificação ou impedimento desse direito. Para referido doutrinador, o ônus da prova decorreria da oportunidade e do interesse das partes em comprovarem a veracidade dos fatos apresentados no processo²⁷⁷.

Chiovenda ainda complementa que a prova do réu pode ocorrer de duas formas: (i) apresentando contraprova que demonstram a inexistência do fato alegado pelo autor; ou (ii) afirmando e comprovando outro fato que anula os efeitos jurídicos do fato invocado pelo autor²⁷⁸.

²⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 101.

²⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 102.

²⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 105-106.

²⁷⁷ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

²⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. Ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 106.

Complementando a teoria de Chiovenda, Carnelutti afirmava que o interesse em provar estaria relacionado não à comprovação dos fatos, mas, sim, à afirmação dos fatos²⁷⁹.

Ressalvadas algumas diferenças entre as duas teorias, ambas defendiam a distribuição do ônus da prova com base no interesse da prova dos fatos constitutivos, pelo autor, e modificativos, impeditivos ou extintivos, no caso do réu, o que influenciou o ordenamento jurídico brasileiro por muitos anos, e que apenas com o CPC/2015 foi leve e timidamente relativizado, conforme se demonstrará no capítulo seguinte.

No entanto, as teorias de Chiovenda e Carnelutti se mostravam insuficientes para solucionar diversos casos, como mencionado por Bueno ao expor afirmação de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico que criticava a insuficiência do critério da distribuição do ônus da prova apenas com base no interesse e na natureza dos fatos²⁸⁰.

Na mesma linha era a teoria defendida por Demogue que, analisando o instituto do ônus da prova em conjunto com o princípio da solidariedade, estabeleceu duas regras para a distribuição do ônus da prova

(i) o que prova não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito” e “(ii) A obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incomodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas, etc.²⁸¹.

Essa última regra está diretamente relacionada à teoria de Bentham, exposta no início deste capítulo, que defende a distribuição do ônus da prova de forma livre, de acordo com a maior facilidade para a apresentação da prova necessária.

Aprimorando a teoria de Bentham, Jorge W Peyrano, jurista argentino, com o objetivo de relativizar as disposições existentes em relação ao modelo estático do ônus da prova e minimizar as injustiças causadas por esse sistema, elaborou, em conjunto com outros doutrinadores argentinos, estudo a fim de nortear a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, ampliando, assim, a sua utilização.

²⁷⁹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

²⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts 31 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. v. 2, p. 259.

²⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 103.

Para o referido jurista, o ônus da prova estaria fundado na solidariedade da prova, de forma que essa teria que ser produzida por quem tivesse mais condição na sua produção, suportando, assim, o ônus decorrente de sua inércia²⁸².

Ou seja, o objetivo da teoria proposta por Peyrano era o de que, a depender do caso concreto, a *carga de la prueba* recairia sobre a parte que tivesse em melhor condição profissional, técnica ou fática para a sua produção, independentemente da sua posição no processo – seja como autora ou como réu²⁸³.

A diferença entre as duas teorias decorre justamente da crítica apresentada por estudiosos à teoria de Bentham, ou seja, para Peyrano, a regra do ônus da prova ainda seria a divisão de forma estática, podendo, contudo, a sua relativização depender do caso concreto e das peculiaridades e possibilidades das partes.

Pedron, analisando a teoria de Peyrano, afirma que a forma como o jurista argentino propôs a alteração do ônus da prova equivaleria à criação de uma “desigualdade lícita” no processo²⁸⁴.

Nas palavras de Lopes, Peyrano atualizou a posição de Bentham, “na medida em que procura demonstrar a insuficiência do critério estático e invariável (atribuição ao autor do ônus de demonstrar os fatos constitutivos e ao réu, os extintivos, impeditivos e modificativos).”²⁸⁵.

Peyrano também considera que a análise e aplicação do ônus da prova de forma extremamente rígida impossibilitaria a análise das circunstâncias peculiares do caso concreto e, certamente, levaria o processo a solução diversa da aceitável e justa.

Dessa forma, motivado pela solidariedade e responsabilidade compartilhada da prova, Peyrano defende que possa ocorrer a transferência do ônus da prova de uma parte para outra, sempre que se verificar que uma das partes – a qual originalmente não detinha referido ônus –, esteja em condições de vantagem técnica, profissional ou fática para a comprovação de determinada alegação de fato.

²⁸² PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

²⁸³ “Desde sus comienzos, la teoría de las cargas probatorias dinámicas se auxilia en una regla de facilidad probatoria o favor probationes interpretada en sentido muy amplio, de la cual deriva un reparto del esfuerzo probatorio con el cual se esboza la siguiente máxima: la carga de la prueba recae sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla, sin que interese su emplazamiento como actora o como demandada” (CALVINHO, Gustavo. A favor de la carga de la prueba, *Estudios de Derecho*, v. 77, n. 170, p. 167-199, 2020).

²⁸⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

²⁸⁵ LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 231-342, fev. 2012.

Essa teria sido ganhando força na doutrina internacional, o que repercutiu no Brasil, culminando com a positivação, no CPC/2015, do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no § 1º do artigo 373 do referido diploma processual.

4.6 Os momentos da prova e a relação com o ônus

A garantia de prestação jurisdicional justa, conforme exposto nos capítulos anteriores, está diretamente relacionada à instrução probatória do feito, a qual deverá ser realizada dentro dos preceitos legais, com a correta valoração pelo magistrado.

E para a compreensão dessa última etapa – a valoração para convencimento do magistrado – é necessário entender devidamente os momentos da prova.

Como colocado no capítulo introdutório, para Santos, Lopes e Dinamarco, os momentos da prova são três: proposição, deferimento e valoração.

Ferreira, no entanto, afirma que os momentos da prova são seis: proposição, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova.

O primeiro momento da prova para todos os doutrinadores é a proposição, que pode ser definida como o momento no qual a parte, a partir das alegações de fato apresentadas, indica quais provas e os meios de provas que pretende produzir no processo, sendo o autor na petição inicial e o do réu na contestação (artigos 319 e 336 do CPC)²⁸⁶.

Esse é o conceito apresentado por Santos que, analisando a definição apresentada por Goldschmidt, afirmou ser a proposição o “oferecimento, formulado por uma parte, de demonstrar um fato, já determinado, por um certo meio de prova”²⁸⁷.

Apesar de ser realizado em momento ainda inicial, aqui se verifica o que Ferreira denomina como “efeito colateral negativo do ônus da prova”. Isso, porque, apesar de, para o referido autor, o ônus da prova se manifestar apenas na fase final do processo, ele produz um efeito de orientar a conduta das partes, inclusive nas provas pleiteadas em juízo, como se verifica neste primeiro momento da prova, ou seja, na proposição²⁸⁸.

²⁸⁶ “Propositura da prova é o requerimento de sua realização.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 101).

²⁸⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 239.

²⁸⁸ FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para a máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da

No entanto, é bem comum que a indicação nesses momentos iniciais se dê de forma mais genérica, sendo delimitado após o despacho saneador, quando, então, as partes e o juiz terão conhecimento das questões controvertidas objeto da prova, ou seja, do fato probando. Para Lopes, esse momento pode ser cumprido de forma mais genérica, sendo individualizado ou particularizado posteriormente²⁸⁹.

O segundo momento, deferimento (ou admissão) da prova, é aquele no qual o juiz, diante dos fatos probandos, defere ou, se o caso, determina de ofício, a produção das provas, analisando, à luz do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, quais meios fornecerão a melhor solução para esclarecer os fatos probandos. Para tanto, poderá o juiz utilizar-se tanto de meios típicos quanto atípicos, desde que seja o meio mais eficiente para o esclarecimento pretendido²⁹⁰.

Santos, analisando os momentos da prova na sistemática do CPC 1939, destaca a importância do segundo momento da prova, considerando ser esse o primeiro contato direto do juiz com a prova, no qual será avaliada a sua pertinência e utilidade para o resultado final do processo²⁹¹.

É nesse momento, também, que, caso o juiz entenda pela presença dos requisitos previstos no § 1º do artigo 373 do CPC, deverá distribuir, de forma dinâmica, o ônus da prova.

Em que pesem todas as discussões acerca dos requisitos e do momento para a dinamização, conforme será exposto nos capítulos seguintes deste trabalho, considerando as questões deliberadas no momento do deferimento das provas e a previsão expressa para que a parte a qual é atribuída o ônus da prova possa dele se desincumbir, é nesse segundo momento que a dinamização deverá ocorrer²⁹².

prova. In: JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Londrina: Ed. Toth. 2021. p. 556.

²⁸⁹ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

²⁹⁰ FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (Org.). *Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021, v. 2. p. 718.

²⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 253.

²⁹² FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para a máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. In: JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Londrina: Ed. Toth. 2021. p. 549.

O terceiro momento consiste na execução ou produção probatória propriamente dita, é o momento pelo qual ocorre a demonstração dos fatos alegados pelas partes, a transposição destes do estado teórico onde estavam até agora, para o estado prático, exteriorizando a sua existência para os autos do processo²⁹³.

É justamente nessa transposição do estado teórico para o prático que deverão ser empregados os princípios da máxima eficiência dos meios probatórios e as técnicas executivas típicas e atípicas, a fim de garantir a melhor solução com maior economia processual.

Em outras palavras, é no terceiro momento que será efetivamente produzida a prova, cabendo ao magistrado determinar a sua realização, observando, sempre, a ordem que garantir a maior eficiência dos meios probatórios.

No quarto momento, ocorrerá a valoração da prova, quando, então, o juiz analisará todo o conjunto probatório presente nos autos (princípio da aquisição), de forma desvinculada de quem os produziu (princípio da comunhão da prova).

O quinto e o sexto momentos da prova, de acordo com a divisão de Ferreira, correspondem ao terceiro momento nos termos da divisão apresentada pela maior parcela da doutrina, qual seja, o da fundamentação. É nesse momento que o juiz, diante das provas apresentadas nos autos, se mostrará, ou não, convencido dos fatos apresentados pelas partes, fundamentando devidamente o seu entendimento.

E, caso ocorra a segunda situação, então, para evitar o *non liquet*, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ter-se-á a aplicação do ônus da prova. Ou seja, após a valoração das provas e “diante da insuficiência do material probatório, haverá a necessidade de incidência de uma ‘solução’ residual que trará uma posição negativa para aquele que tinha o ônus da prova”²⁹⁴.

Em outras palavras, portanto, é nesse sexto momento que, diante da não comprovação de suas alegações, a parte poderá sofrer as consequências da sua inércia probatória.

Essa possibilidade de a parte sucumbir em decorrência da ausência de provas de suas alegações decorre da aplicação pura das regras do ônus da prova.

²⁹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 259.

²⁹⁴ FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para a máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. In: JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. *Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Londrina: Ed. Toth. 2021. p. 549.

É justamente em virtude de sua aplicação no sexto momento da prova que a regra estática do ônus da prova é considerada por muitos doutrinadores como sendo regra de julgamento, uma vez que auxilia o magistrado no julgamento de mérito – final – do processo, ainda que ausente o convencimento, a fim de evitar o *non liquet*.

4.7 A prova diabólica

A denominação de prova diabólica é utilizada para se referir às provas de difícil ou impossível realização pela parte que tem o encargo probatório para tanto e geralmente está associada a um fato negativo²⁹⁵.

Santos, analisando a prova de fato negativo, diferencia a prova do fato negativo relativo e absoluto, sendo aquela a prova negativa que pode converter-se em positiva e, portanto, ser suscetível de prova, e essa – prova de negativa absoluta – caracterizada como de difícil ou impossível prova. Portanto, nos termos da conceituação apresentada por referido autor, a prova de fato negativo absoluto é a, atualmente, denominada de prova diabólica²⁹⁶.

Didier Jr., Braga e Oliveira, denominam a prova do fato negativo, mencionada por Santos, como aquela que tem como objeto o fato que não ocorreu e que, portanto, é difícil ou impossível comprovação da alegação a ele relacionada, sendo, assim, denominada de prova diabólica²⁹⁷.

As provas diabólicas, independentemente de seu objeto, são divididas pelos doutrinadores em unilaterais e bilaterais.

As bilaterais são aquelas provas impossíveis para as duas partes do processo, sendo, então, a solução para tal caso a utilização de outros meios de prova para a comprovação do fato probando²⁹⁸.

²⁹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016.

²⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970. p. 175.

²⁹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 114.

²⁹⁸ “Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chama *probatio levior*, muito semelhante à prova *prima facie* de que falamos linhas atrás.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 71.)

A prova diabólica unilateral, por outro lado, é a que justifica a modificação do ônus da prova, considerando que a sua produção é difícil ou impossível apenas para uma das partes do processo, conforme disposição do artigo 373, § 1º, do CPC.

Analisando o tema, CAMBI afirma que

A probatio diabolica é a prova impossível ou de extrema dificuldade em ser produzida. Pelo art. 373, § 2º, do CPC, a dinamização do ônus da prova “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil”. Dessa forma, a prova diabólica reversa impede a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova.²⁹⁹

A prova diabólica unilateral, conforme exposto, pode ser considerada como um dos principais elementos para a dinamização do ônus da prova, tendo em vista que a impossibilidade ou extrema dificuldade na sua produção é apenas de uma das partes do processo³⁰⁰.

²⁹⁹ SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

³⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 3, p. 132-146, 2016.

5 O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

5.1 Reflexões acerca da subsistência da Lei de Alimentos

A Lei de Alimentos (LA), elaborada e promulgada em 1968, representou importante avanço para a sociedade da época, inserida em um contexto bem diverso do atual, onde sequer era admitido o divórcio e poucas mulheres estavam inseridas no mercado de trabalho.

Soma-se ao cenário social, o sistema processual civil existente na época que apresentava tímida previsão para concessão de medidas cautelares com o objetivo de resguardar o resultado útil do processo, sem contemplar a adoção de medidas satisfativas³⁰¹⁻³⁰².

Considerando esse cenário, a Lei de Alimentos teve como principal objetivo (louvável e relevante até os dias atuais) disciplinar o procedimento da ação de alimentos de uma forma célere e efetiva para a realidade daquela sociedade, a fim de garantir, de imediato, o sustento daquele – ou daqueles – que não tinham condições de prover com seu próprio esforço.

Focando nesse objetivo, a LA viabilizou o ajuizamento da ação sem a constituição de um advogado, sem o cumprimento de alguns requisitos que já eram previstos no diploma processual da época e disciplinou, expressamente, a antecipação da tutela com a possibilidade de fixação de alimentos provisórios, antes mesmo da citação do réu e, portanto, da instrução probatória exauriente.

Para tanto, o artigo 2º da LA regulamentou de forma simplificada as provas que deveriam instruir a inicial, atribuindo ao autor a prova da origem da obrigação, suas necessidades e possibilidades do devedor, compreendendo este último como o

³⁰¹ “Não existia efetivamente uma tutela provisória, o que existia era um poder do juiz de acautelar certos direitos de forma a proteger o interesse das partes e conseqüentemente não prejudicar o processo. (BRASIL, 1939). Para Pontes de Miranda (1969, p. 259), “pode-se falar, sem risco, da ação de segurança, ou de ação cautelar, como de pretensão à segurança, ou de pretensão à cautela”. (RAMOS, Ana Cláudia. A Natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada antecedente. Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça: 2019).

³⁰² CPC/1939: Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir: (...)

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

“quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe” (artigo 2º da Lei de Alimentos³⁰³).

Analisando a referida disposição para os termos do sistema processual civil atual, pode-se afirmar que o procedimento para a concessão dos alimentos provisórios nos termos do artigo 2º LA representa, na realidade, a antecipação da tutela disciplinada no artigo 300 e seguintes do CPC.

Isso, porque, os dois diplomas regulamentam a concessão, em sede antecipada, da tutela final pretendida, requerendo, para tanto, a prova do bom direito (comprovação da origem da obrigação alimentar e indicação das possibilidades do alimentante) e o perigo de dano (alimentos necessários à subsistência do alimentando)³⁰⁴.

O artigo 2º da LA também tinha como objetivo estabelecer disposições acerca do ônus da prova, o que é expressamente regulamentado pelo artigo 373 do CPC/2015.

Considerando a existência no sistema processual civil brasileiro de medidas que, de certa forma, substituem e incorporam as previsões contidas na Lei de Alimentos, surgiram discussões entre os doutrinadores familiaristas acerca da eventual revogação tácita da Lei de Alimentos.

Dias defende que a Lei de Alimentos subsiste apenas para cobrança da verba alimentar, considerando que as demais disposições da lei específica estão contempladas ao longo do Código de Processo Civil³⁰⁵.

O Código de Processo Civil de 2015, no entanto, dispõe expressamente em seu artigo 693, parágrafo único³⁰⁶, a respeito da aplicação subsidiária dos dispositivos

³⁰³ Lei 5.478/68: Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

³⁰⁴ HASHIMOTO, Marcos Noburu. *Aplicabilidade da tutela provisória do novo Código de Processo Civil, no sistema de proteção às relações familiares*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 61.

³⁰⁵ “No entanto, causa surpresa a permanência em vigor da Lei de Alimentos (CPC 693, parágrafo único), restringindo-se o estatuto processual à cobrança do encargo alimentar. Sóse pode rotular de desatenção – para não utilizar adjetivação mais incisiva – ter o capítulo que cuida das ações de família remetido o procedimento da ação de alimentos a uma lei quase cinquentenária, que data do ano de 1968.” (DIAS, Maria Berenice. *A Lei de Alimentos e o que sobrou dela com o novo CPC (Parte 1)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-18/processo-familiar-lei-alimentos-sobrou-dela-cpc-parte>. Acesso em: 18 abr. 2023).

³⁰⁶ CPC/2015: Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Parágrafo único.

do Código para as ações de alimentos e demais procedimentos especiais, considerando, assim, ainda vigente a Lei de Alimentos.

Em virtude disso, o presente trabalho analisará, em conjunto, as disposições acerca do ônus da prova previstos na Lei de Alimentos e no CPC/2015³⁰⁷.

5.2 Regra geral acerca do ônus da prova

Como visto no capítulo 4, o ônus da prova pode ser conceituado, de forma geral, como o encargo atribuído às partes para a comprovação das alegações e dos fatos apresentados no processo. Ou seja, para que o autor comprove os fatos constitutivos do seu direito e o réu os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Analisando essa temática no contexto das demandas alimentares, tem-se que o autor deverá provar o seu direito – origem da obrigação alimentar e os valores pretendidos –, cabendo ao alimentante a prova da impossibilidade no pagamento ou inexistência do referido direito do autor.

É exatamente essa a disposição contida no artigo 2º da LA, que disciplina o que se denomina na doutrina de distribuição estática do ônus da prova, reproduzindo a previsão contida no artigo 209 do CPC/1939, vigente à época, repetida no artigo 333 do CPC/1973³⁰⁸ e no artigo 373, *caput*, do CPC/2015, figurando neste, como regra.

A previsão da distribuição estática do ônus da prova no sistema processual brasileiro decorre da influência, em nosso ordenamento jurídico, das teorias de Carnelutti e de Chiovenda, que defendiam a atribuição ao autor do ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

³⁰⁷ HASHIMOTO, Marcos Noburu. *Aplicabilidade da tutela provisória do novo Código de Processo Civil, no sistema de proteção às relações familiares*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 58.

³⁰⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essa previsão decorria do princípio do interesse, cabendo à parte a prova daquilo que tem interesse – ao autor o fato constitutivo e ao réu o fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor³⁰⁹.

Theodoro Júnior afirma que a aplicação da distribuição estática do ônus probatório representava a adoção do garantismo processual, sendo o objetivo do processo civil apenas o de pacificar o litígio e não de pacificar com justiça³¹⁰.

Aplicando-se tanto a regra expressamente prevista na Lei de Alimentos quanto o princípio do interesse defendido por Chiovenda, Dinamarco e Theodoro Júnior, tem-se que, apesar do caráter protecionista da LA, as disposições relacionadas ao ônus da prova nas ações de alimentos atribuem ao autor, alimentando, não apenas o ônus de provar o vínculo objetivo do seu direito, mas também as condições financeiras do alimentante, considerando ser esse um dos elementos constitutivos do seu direito.

Diante disso, é possível afirmar, portanto, que o artigo 2º da LA, bem como no *caput* artigo 373 do CPC, atribuem ao alimentando a prova dos fatos constitutivos de seu direito, ou seja, (i) do surgimento da obrigação – relação de parentesco ou outra fonte –; (ii) das suas necessidades e, por fim (iii) das possibilidades do alimentante.

Passamos à análise de cada um desses itens, para verificar a problemática do ônus probatório e o respeito, ou não, aos princípios constitucionais.

5.2.1 Prova da obrigação

Nos termos do artigo 2º da LA, compete ao autor, alimentando, a prova da obrigação – seja por meio de vínculo de parentesco ou qualquer outro, a depender da origem da obrigação.

A respeito desse ponto, pouco cabe discorrer acerca de eventuais dificuldades da prova por parte do autor, visto que a prova do parentesco far-se-á com as certidões – nascimento ou casamento –, assim como a existência de obrigação de outra natureza, pelo título que a constituiu.

É evidente, contudo, que no caso de alimentos gravídicos e alimentos no contexto da ação investigatória de paternidade, a prova da relação de parentesco para

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 64.

³¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 892.

o surgimento da obrigação dependerá de outros documentos e de uma maior dilação probatória³¹¹.

No entanto, o ônus de provar o surgimento da obrigação alimentar não há como ser compartilhado com o requerido ou atribuído ao réu, sendo a prova mínima com a qual o autor será onerado, inclusive para demonstrar o seu interesse no litígio.

Em outras palavras, e como se demonstrará no capítulo 6, ainda que se entenda pela dinamização do ônus da prova nas demandas alimentares, não há como retirar do autor o ônus de provar o vínculo de parentesco ou a origem da obrigação alimentar³¹².

5.2.2 Necessidades do alimentando menor

No capítulo 2.7 deste trabalho foram expostos os critérios objetivos para a fixação da prestação alimentícia, dentre eles, as necessidades do alimentando, compreendendo os valores – comprovados ou meramente estimados – que o alimentante necessita para a sua subsistência.

A indicação e efetiva comprovação das suas necessidades, tanto nos termos da Lei de Alimentos quanto pela regra geral do ônus da prova disciplinada no CPC/2015, está no rol do ônus da prova atribuída ao autor da ação de alimentos, visto que esse é, juntamente com a origem da obrigação, um dos elementos constitutivos de seu direito.

Esse é o entendimento exposto por Cahali, ao analisar o tema à luz do direito comparado, afirmando que tanto no direito francês como no espanhol o ônus de provar incumbe a quem pretende os alimentos, considerando que é o próprio autor quem conhece as suas necessidades e tem acesso aos meios para comprová-las³¹³.

Todavia, essa colocação acerca do critério objetivo para fixação dos alimentos merece algumas análises e reflexões.

³¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 55-56.

³¹² “A possibilidade de dinamização do ônus da prova nas ações de alimentos não exonera, todavia, o autor de demonstrar a existência da obrigação, ou seja, o vínculo de parentesco com o réu.” (SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017).

³¹³ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 574.

No caso de alimentos pleiteados por autor menor de idade, a doutrina majoritária defende pela dispensabilidade da comprovação, sendo suficiente o mero pedido estimado das necessidades³¹⁴.

Esse entendimento também está presente nos tribunais brasileiros que entendem, há anos, pela presunção das necessidades de alimentos pleiteados por filho menor³¹⁵.

Há quem defenda, inclusive, que essa dispensa pode ser aplicada no caso de alimentante incapaz, compreendendo não apenas os filhos menores, mas pessoas idosas, deficientes e outros incapazes, cabendo a eles apenas a demonstração da incapacidade para a produção de renda necessária ao seu sustento³¹⁶.

A aplicação da regra estática do ônus da prova em relação às necessidades no recebimento da prestação alimentícia, para qualquer alimentando, é o que melhor atende aos princípios constitucionais do processo civil e do direito de família, considerando, especialmente, que é o alimentando quem tem as melhores condições de informar e comprovar as suas necessidades³¹⁷.

³¹⁴ “Em relação aos filhos menores sob o alcance da autoridade parental, a prova da necessidade é absolutamente desnecessária, pois ela “independe de prova quando se tratar de filhos e outros parentes menores; nesse caso é legalmente presumida.” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 191-206, jan.-mar. 2017).

³¹⁵ “A necessidade do filho em receber a pensão alimentícia é patente, podendo mesmo ser presumida, principalmente em razão da idade em que se encontra 04 anos, eis que nascido em 20/02/2018 (fls. 11), exigindo gastos com saúde, alimentação, vestuário, educação, lazer, transporte, etc.” (TJSP. Apelação Cível nº 1008053-46.2021.8.26.0606. 2ª Câ. Dir. Priv. Rel. Des. Maria Salete Corrêa Dias. j. 18.12.2022).

“A necessidade do filho menor de idade é sempre presumida, sendo incapaz de prover a própria subsistência sem o auxílio dos genitores.” (TJSP. Apelação Cível nº 1001128-85.2020.8.26.0374. 10ª Câ. Dir. Priv. Rel. Des. Coelho Mendes. j. 6.2.2023)

³¹⁶ SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

³¹⁷ “A necessidade de alimentos deve ser provada, apenas, se o alimentante for maior de idade, pois, se ainda for criança ou adolescente, tal necessidade é presumida. Ainda, nas ações cuja causa de pedir (fundamento da obrigação alimentícia) seja o casamento ou a união estável, o demandante precisa comprovar a necessidade de alimentos.” (SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017).

“Afinal, é o próprio autor que melhor conhece a sua situação de necessidade, e dispõe dos meios adequados para demonstrá-la, bastando, porém, a prova de certas circunstâncias, para sua demonstração, desde que convincente para a formação do juízo.” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 574.)

5.2.3 Necessidades do alimentando maior

A maioria dos filhos implica a extinção do dever alimentar e o surgimento da obrigação alimentar em virtude do vínculo de parentesco. Em termos de prova, a maioria altera a presunção das necessidades do filho que, quando menor, eram dotadas de presunção absoluta e, agora, com a maioria, é relativa.

Vale ressaltar, contudo, que a maioria não implica na extinção imediata e automática da prestação alimentícia, a qual apenas deixará de existir se e quando ajuizada a ação exoneratória competente. Esse entendimento já foi consolidado pelo STJ por meio da Súmula 358.

Portanto, o ônus do alimentando maior provar que ainda necessita dos alimentos aparecerá se e quando for ajuizada a demanda competente pelo alimentante.

Farias, analisando o tema, sintetiza de forma clara a mudança da obrigação alimentícia quando ocorre a maioria, afirmando que “adquirida a plena capacidade, a presunção é flexibilizada, incumbindo ao alimentando demonstrar a necessidade de continuar percebendo a pensão”³¹⁸.

Dias, adotando entendimento semelhante, complementa que com a mudança de dever de sustento para obrigação alimentar ocorre a mudança nas balizas que nortearão a fixação dos valores da prestação alimentícia, sendo naquele o norte as possibilidades dos genitores e, na obrigação alimentar, as necessidades dos alimentandos, afastando, assim, sensivelmente, a relação com as possibilidades³¹⁹.

Vale ressaltar que o ônus da comprovação da necessidade e da impossibilidade de prover o próprio sustento se aplica tanto ao filho maior quanto ao ascendente idoso ou demais parentes que ingressem com ação de fixação de alimentos.

³¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. Alimentos decorrentes do parentesco. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005. p. 37.

³¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados: direito, ação, eficácia, execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023. p. 27.

Conclui-se, portanto, que com a maioria surge, para o alimentando, o ônus de provar as necessidades no recebimento dos alimentos, bem como os valores a que faz jus³²⁰.

5.2.4 Necessidades do alimentando ex-cônjuge ou ex-companheiro

Entendimento diverso deve ser aplicado aos casos de alimentos pleiteados por maiores e capazes, no caso de filhos maiores, companheiros, cônjuges, pais, idosos, colaterais, que deverão, além de comprovar as suas necessidades, comprovar a impossibilidade – total ou parcial – de garantir/prover o próprio sustento.

Conforme visto no capítulo 2.2, a obrigação alimentar é aquela existente em virtude do vínculo de parentesco, seja consanguíneo ou por afinidade, a qual implica na obrigação de sustento daquele que não pode prover a própria subsistência.

Nesse caso, portanto, caberá ao alimentando que alega a impossibilidade para a produção de renda – seja com o trabalho, seja com os próprios bens –, o ônus de provar as suas alegações.

Isso, porque, o trabalho é uma obrigação social de todos os brasileiros, estando afastados apenas aqueles que efetivamente estiverem incapacitados, temporária ou definitivamente, para tanto³²¹.

Vale destacar que na vigência do Código Civil de 1916, o entendimento a respeito da obrigação alimentar em favor de ex-cônjuge, não culpado pelo fim do relacionamento, era significativamente diverso, tem em vista que na sociedade daquela época a mulher era considerada inferior e com pouco acesso ao mercado de trabalho³²².

³²⁰ “Com a maioria, os alimentos deixam de ser devidos em “face do poder familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco (art. 1.694 do CC/2002), em que se exige prova da necessidade do alimentando”. In casu, também decidiu o Superior Tribunal de Justiça que – com a cessação da menoridade –, passa a ser do alimentando o ônus de provar a necessidade de receber alimentos.” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 191-206, jan.-mar. 2017).

³²¹ “Aliás, já se decidiu que: “o trabalho é obrigação social. A mulher, sendo válida, pode concorrer com a própria subsistência com o produto de seu esforço. Alimentos são devidos a título de necessidade.” (Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002).

³²² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001. p. 256-257.

No entanto, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, com a promulgação da Lei do Divórcio e das Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/96, bem como com as modificações da sociedade e famílias brasileiras, a relação e as provas das necessidades ao recebimento de alimentos por ex-cônjuges ou ex-companheiros se modificou³²³.

Com as mudanças na legislação brasileira e a igualdade constitucional entre os cônjuges, as necessidades da mulher divorciada deixaram de ser presumidas, sendo, pois, necessária e imprescindível a sua comprovação para o requerimento de alimentos³²⁴.

Vale ressaltar, ainda, que em virtude de todas as mudanças legislativas e, principalmente, da estrutura familiar brasileira, o cônjuge divorciado que pleiteia alimentos faz jus a esse recebimento apenas por um período predeterminado, não sendo possível impor a obrigação de sustento eterno a outrem³²⁵.

E esse recebimento precisa ser apenas em relação aos valores necessários ao custeio de suas necessidades, não podendo impor ao cônjuge/companheiro a obrigação de sustentar o outro no mesmo padrão que mantinham na constância do relacionamento amoroso, tendo em vista que a própria separação já acarreta, naturalmente, a modificação do *status* social das partes³²⁶.

Dias, criticando o posicionamento mais econômico dos tribunais brasileiros na fixação de alimentos em favor de ex-cônjuge, pondera pela necessidade de demonstração, não apenas a respeito da impossibilidade para o labor, mas da dinâmica familiar, ainda muito presente na sociedade brasileira, que impõe às mulheres o afastamento do mercado de trabalho para dedicação exclusiva à família³²⁷.

³²³ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1032.

³²⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1030.

³²⁵ “Também não se pode cogitar de impor a qualquer das partes a obrigação ad eternum de sustentar a outra, em face de uma relação jurídica da qual só restaram indesejáveis lembranças dos dissabores e das máculas do passado.

Em regra, a separação dos cônjuges, de fato ou de direito, gera natural modificação do status das partes, competindo àquelas adequar suas despesas, compatibilizando-as com suas rendas.” (BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002).

³²⁶ BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002.

³²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados: direito, ação, eficácia, execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2023. p. 27.

Em casos assim, tanto a referida autora quanto Madaleno³²⁸ e outros defendem a fixação de alimentos em favor do cônjuge desprovido de recursos e bens suficientes para prover o próprio sustento.

É possível concluir, portanto, que no âmbito de demandas alimentícias com fundamento no vínculo de parentesco consanguíneo ou por afinidade, o critério necessidade tem de ser analisado sob a perspectiva da (i) impossibilidade na produção de renda para o próprio sustento, seja de forma integral ou parcial; (ii) incapacidade, momentânea ou definitiva, para o trabalho; e (iv) tempo de duração para o recebimento da prestação perseguida, incluindo-se, no caso de pedido formulado por ex-cônjuge ou ex-companheiro, o histórico da dinâmica familiar e o período de duração da relação.

5.2.5 Possibilidades do alimentante

Nos termos do artigo 2º da Lei de Alimentos, o requerimento dos alimentos – seja oral ou por escrito – deverá conter, além dos pontos analisados acima, a indicação das possibilidades ou dos rendimentos do devedor de alimentos.

A intenção do legislador ao assim dispor, segundo Veloso, era o de demonstrar que o montante requerido para recebimento não prejudicaria o sustento do devedor³²⁹.

Além do mais, com o requerimento dessa forma, seria possível também, ao julgador verificar, de imediato, se o valor pleiteado estaria dentro dos padrões e das condições sociais do alimentante.

Ocorre que a referida prova não é simples de ser feita pelo alimentando.

Em primeiro lugar, pois, em diversos casos – para não dizer em sua maioria – o alimentando tem pouco ou quase nenhum contato com o devedor, seu genitor ou genitora, o que, por óbvio, impede/dificulta o acesso às informações financeiras e de rendimentos mensais³³⁰.

³²⁸ “É direito fundamental da esposa que se dedicou exclusivamente ao lar usufruir do mesmo padrão socioeconômico experimentado durante a unidade da sociedade conjugal, em condições dignas para ela e os filhos sob a sua custódia.” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1035).

³²⁹ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*: artigos 1.694 a 1.783. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v. XVII, p. 20.

³³⁰ SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

Em segundo lugar, porque, ainda que tenha contato com o requerido, o acesso a documentos e informações financeiras não é factível mesmo em famílias estruturadas, quem dirá em relações *sub judice*, quando o alimentante já adotou as medidas necessárias para ocultar valores, bens e rendimentos, conduta cada vez mais comum na sociedade brasileira.

Como colocado por Madaleno, não são raras as situações em que o alimentante, procurando se esquivar do ônus alimentar, cria estruturas sofisticadas para mascarar os seus reais rendimentos e situações financeiras, as quais, certamente o alimentando não terá acesso³³¹.

E, por fim, pois as informações acerca das possibilidades, necessárias e essenciais para a instrução e prosseguimento da ação são, em sua maioria, confidenciais e sigilosas, de forma que não seria permitido o acesso ao alimentando, sem ordem judicial³³².

A bem da verdade, essas informações são de difícil obtenção até mesmo em relações conjugais, nas quais os cônjuges ou companheiros apenas têm conhecimento indireto do padrão de vida e acerca dos rendimentos do companheiro, pelos sinais exteriores de riqueza, não sendo, contudo, permitido o acesso às informações bancárias e financeiras.

Isso sem falar nas diversas situações nas quais o alimentante não tem emprego fixo, percebendo seus rendimentos de forma irregular ou por meio de empresas e terceiros.

Ora, se a prova é de difícil ou impossível obtenção pela parte que têm o ônus de obtê-la, é possível afirmar, então, que a prova das possibilidades do alimentante é, para o alimentando, uma prova diabólica, conforme conceito já exposto no capítulo 4.7.

Por essa exposição, não é difícil concluir que a imposição ao alimentando do ônus de provar as possibilidades do alimentante representaria encargo do qual seria muito difícil – ou quase impossível – se desincumbir, levando, então, à improcedência da demanda.

³³¹ MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. Fraude no direito de família e sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2022. p. 738.

³³² DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados*: direito, ação, eficácia, execução. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2023. p. 225.

Em decorrência disso, e a fim de assegurar o bem jurídico tutelado pela ação de alimentos, doutrinadores e tribunais passaram a defender, antes mesmo da promulgação do CPC/2015, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de alimentos.

A título de exemplo, vale mencionar o entendimento defendido por Lagrasta Neto em artigo publicado a respeito do tema, ainda na vigência do CPC/1973, no qual defendia a modificação do ônus da prova nas ações de alimentos³³³.

No mesmo sentido, era o entendimento de Hernandes³³⁴, Dias³³⁵, Cahali³³⁶ e Madaleno³³⁷, que, diante do sigilo das informações financeiras essenciais à verificação das possibilidades do alimentante, opinavam pela inversão do ônus da prova nas ações de alimentos, com aplicação analógica do dispositivo do CDC.

Vale ressaltar, no entanto, que a eventual prova de impossibilidade no custeio dos alimentos requeridos pelo alimentando é do alimentante, considerando, tanto os termos da regra geral da distribuição do ônus da prova, como pela teoria da distribuição dinâmica, não sendo objeto de modificação do ônus, conforme será visto no capítulo 6 deste trabalho.

5.2.6 Possibilidades do guardião

Como defendido no capítulo 2.7, há um “quarto” critério objetivo para a fixação dos alimentos, no caso específico para menores, qual seja, as possibilidades do guardião, a fim de se fixar a prestação alimentícia de forma proporcional aos ganhos dos genitores.

³³³ “A lição cabe com rigor nos casos de alimentos ou de divisão do patrimônio: no primeiro, quando o alimentando não possui condições de demonstrar os ganhos do ex-cônjuge ou companheiro, na condição de autônomo, profissional liberal, etc; na segunda hipótese quando exista a possibilidade de desconsideração inversa da pessoa jurídica ou física, evitada a fraude contra terceiro ou desvio de bens para terceiros a fim de prejudicar o alimentando ou interessado na partilha dos bens do ex-casal.” (LAGRASTA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 100).

³³⁴ HERNANDES, Bruna Molina. *A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos princípios constitucionais*. Dissertação de (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

³³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 559.

³³⁶ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 574-575.

³³⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1043.

Esse critério tem sido invocado nas demandas judiciais há alguns anos, especialmente considerando o posicionamento das mulheres no mercado de trabalho, equiparando os rendimentos das genitoras aos dos genitores, de forma que também possam contribuir em alguma medida com o custeio mensal da prole.

Ocorre que, assim como exposto no capítulo anterior, também nesse ponto há dificuldade da parte que alega a possibilidade na contribuição do outro genitor em produzir a prova, considerando tratar-se de informações financeiras, personalíssimas e protegidas pelo sigilo.

Ou seja, o réu da ação de alimentos que alegue a modificação do direito do autor com base nos rendimentos do guardião ou que pleiteie a modificação da prestação alimentícia em virtude da obrigação contributiva de ambos os genitores, segundo as regras gerais do artigo 373 do CPC, terá o ônus de provar as possibilidades econômico-financeiras do guardião.

No entanto, seguindo a mesma argumentação exposta no tópico anterior, tem-se que aqui também o encargo probatório é de difícil ou impossível cumprimento.

Isso, porque, a prova da possibilidade do guardião também dependerá de acesso às informações financeiras, personalíssimas e protegidas por sigilo.

Sendo assim, a fim de dar tratamento igualitário, caso haja alegação de tal natureza, será possível a dinamização do ônus da prova em relação à demonstração das possibilidades do guardião, competindo a esse – guardião – a prova de suas possibilidades financeiras, pelos mesmos fundamentos expostos no capítulo anterior.

5.2.7 Problemas e desafios da distribuição estática

Como se pode observar dos subcapítulos anteriores, a aplicação da regra geral da distribuição estática do ônus da prova gera diversas reflexões acerca da efetividade do resultado processual, da justiça da decisão e, principalmente, da observância ou não dos direitos constitucionais dos litigantes envolvidos.

É que a dificuldade na produção de provas – diabólicas – extremamente necessárias para o deslinde da ação pode representar óbice ao direito constitucional do acesso à justiça e da ampla defesa.

Em outras palavras, a aplicação pura e simples da regra prevista nos artigos 2º da Lei de Alimentos e no *caput* do artigo 373 do CPC, atribuindo à parte que alega a prova dos fatos invocados, sem a análise das peculiaridades do caso concreto que,

no caso das ações de alimentos são muitas, pode representar violação aos direitos acima indicados.

Isso, porque, as partes da ação de alimentos, assim como nas ações consumeristas (regulamentadas pelo CDC), não litigam de forma equânime em termos de acesso e obtenção das provas necessárias para embasar as suas alegações³³⁸.

Essa é a crítica apresentada por Tartuce, que afirma que, em que pese a Lei de Alimentos tenha representado importante avanço ao dispor no artigo 2º que compete ao credor expor as suas necessidades, provar o parentesco ou a obrigação alimentar e indicar os recursos ou possibilidades do devedor, existem pontos para ajuste em relação à prova deste último critério objetivo para fixação dos alimentos.

Para a referida doutrinadora, as dificuldades enfrentadas pelo credor dos alimentos para comprovar as capacidades do alimentante são inúmeras, especialmente considerando que em muitos casos o alimentando tem pouco ou nenhum contato e conhecimento acerca das capacidades do alimentante, sendo mais oneroso ainda quando ele é profissional liberal³³⁹.

Finalmente, então, com a entrada em vigor do CPC/2015, o sistema processual brasileiro passou a disciplinar, de forma expressa, a distribuição dinâmica do ônus da prova, nos parágrafos do artigo 373³⁴⁰.

A regra geral acerca do ônus da prova no CPC/2015, repetindo as disposições contidas no CPC/1939 (vigente à época da promulgação de Lei de Alimentos) e CPC/73, é de que cabe ao autor o ônus de provar as suas alegações e do réu de comprovar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

³³⁸ “Como bem lembra Camilo Zufelato, ao considerar a distribuição estática do ônus da prova “parte-se da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova”, sendo “oneradas de modo formalmente equilibrado, sem qualquer compensação substancial, decorrente de uma desigualdade substancial”. (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 115).

³³⁹ TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 265.

³⁴⁰ CPC/2015: Art. 373: (...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Vale destacar, contudo, que a regra prevista no ordenamento ainda é a distribuição de acordo com as teorias de Carnelutti e Chiovenda, ou seja, com base no princípio do interesse, havendo, contudo, a previsão expressa para a distribuição dinâmica do ônus, da qual se passa a tratar.

Diante disso, e conforme colocado por Silva e Salvagni, a fim de se garantir a conveniência e a justiça das demandas judiciais, é necessário refletir a respeito da modificação no ônus probatório, a fim de se garantir a paridade de armas entre os litigantes³⁴¹, conforme se passa a expor.

³⁴¹ SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014.

6 A MODIFICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como visto no capítulo anterior, a distribuição estática do ônus da prova se mostra insuficiente, ou inadequada, para a solução de conflitos específicos apresentados nos tribunais brasileiros, gerando, inclusive, “inúmeros obstáculos a um provimento jurisdicional equânime”³⁴².

E, a bem da verdade, referida discussão não se limita ao âmbito das demandas alimentares.

Como observava Lopes na vigência do CPC revogado, a distribuição estática, apesar de ser eficiente na resolução de muitos casos, mostrava-se insuficiente para a solução de situações complexas³⁴³.

Para Ferreira, a distribuição estática tem como benefício apenas o fato de dar ciência, às partes envolvidas, sobre quais hipóteses são prejudicadas, permitindo-as que deliberem, de forma antecipada, acerca da conduta a ser adotada por elas no contexto probatório.

Diante da inadequação da norma do artigo 333 do CPC/73 para a solução dos casos, foram ganhando volume as discussões acerca da possibilidade de alteração do ônus da prova, a fim de se obter uma solução de mérito mais justa e acertada, de forma a adequar o encargo probatório às possibilidades e disponibilidades de cada parte.

Em outras palavras, buscou-se afastar do princípio do interesse, tendo como objetivo a solução de mérito.

Foi nesse contexto que o Código de Defesa do Consumidor previu expressamente a possibilidade de inversão do ônus da prova, a fim de retirar da parte hipossuficiente o encargo probatório, atribuindo-o à parte que tenha mais acesso e condições de produzi-la, ainda que contrária a seus interesses.

O artigo 6º, VIII, do CDC³⁴⁴ disciplinou expressamente a inversão do encargo probatório, atribuindo-o a parte que melhores condições – financeiras e técnicas – teria para produzir a prova.

³⁴² DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

³⁴³ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 43-44.

³⁴⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

A solução apresentada pelo legislador, no entanto, mostrou-se tímida e insuficiente, visto que as relações sem natureza consumeristas permaneciam sem solução para a comprovação das alegações.

Foi assim, então, que surgiram, na doutrina, defensores acerca da aplicação, por analogia, do dispositivo do CDC aos casos sem natureza consumerista, a fim de garantir uma solução efetiva para o litígio.

Todavia, esse sistema era duramente criticado, considerando que não se mostrava eficiente para solucionar diversos casos mais complexos, tendo, na realidade, uma preocupação apenas com a decisão judicial em si e não com a tutela do direito do jurisdicionado, conforme afirma Cambi³⁴⁵.

Esse problema não era exclusivo do sistema processual brasileiro, sendo matéria para análise e debates entre diversos juristas pelo mundo.

Taruffo, analisando os sistemas de provas em sistemas processuais de *civil law* como Itália, França, Espanha e Alemanha, concluiu que a distribuição estática do ônus da prova, não se mostra efetiva em casos concretos. No entanto, ainda não havia sido encontrada uma alternativa verdadeiramente eficiente para a solução desse impasse, especialmente nos casos mais complexos³⁴⁶.

No âmbito do sistema processual brasileiro, vale destacar as colocações apresentadas por Ferreira que defendia, ainda no âmbito do CPC/73, a distribuição do ônus da prova de forma diversa da estipulada no referido dispositivo – distribuição que era estática –, como instrumento a garantir a igualdade, enfatizando, contudo, que a alteração do ônus da prova deveria ser realizada apenas nas ocasiões em que a parte a quem fosse atribuído o referido ônus tivesse efetivas condições para cumpri-lo³⁴⁷.

No mesmo sentido, CAMBI também afirma que:

a dimensão objetiva do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada vincula o juiz que pode, diante das circunstâncias presentes no caso concreto, não ignorando o ônus diabólico criado a uma das partes, mesmo

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...).

³⁴⁵ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCP. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

³⁴⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 145.

³⁴⁷ FERREIRA, William Santos. *In: In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1007.

sem previsão legal, distribuir, mediante critérios racionais e sempre justificados, as cargas dinâmicas das provas entre os litigantes.³⁴⁸

Refletindo esse entendimento doutrinário, os tribunais brasileiros passaram a modificar o ônus da prova, de acordo com o caso concreto, ainda que em ações de natureza não consumerista:

Ferreira afirma que, além de não se adequar a diversos casos, uma vez que a distribuição estática *ignora as condições reais do caso concreto*, a distribuição estática é contrária a dois objetivos fundamentais do CPC/2015, quais sejam, a cooperação e colaboração processual para a busca da verdade³⁴⁹.

Antes de analisar a sistemática da modificação do ônus da prova no sistema processual civil brasileiro, vale tecer breves notas a respeito dos princípios norteadores da flexibilização do ônus da prova, focando, como é a proposta do presente trabalho, nos princípios próprios das ações alimentares.

6.1 Princípios específicos para a modificação do ônus da prova

A ação de alimentos, como já longamente exposto, tem como finalidade “assegurar a subsistência de quem carece de meios, protegendo o direito a uma vida digna e o livre-desenvolvimento da personalidade da pessoa alimentada”³⁵⁰, envolvendo, assim, direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

A partir dessa colocação, é possível extrair um dos princípios norteadores do direito constitucional e do direito de família que influenciaram no movimento da modificação do ônus da prova nas ações de alimentos, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

³⁴⁸ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

³⁴⁹ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1006.

³⁵⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 1038.

Esse princípio, como colocado por Dias, é o mais universal de todos os princípios e representa a principal preocupação do constituinte que tem a dignidade da pessoa humana como “valor nuclear da ordem constitucional”³⁵¹.

Ainda nas palavras da referida doutrinadora, é a partir desse princípio que o Estado determinará a sua atuação de forma positiva ou omissiva, delimitando as suas ações a fim de garantir a dignidade do ser humano que aqui se encontra.

O princípio da dignidade da pessoa humana se manifesta expressamente no direito de família, considerando que para ter dignidade, a pessoa precisa, além de outras itens previstos na constituição, de moradia, alimentação, lazer, saúde, educação e família, cabendo, como já colocado neste trabalho, à família garantir e prover os demais elementos necessários à dignidade da pessoa humana.

A obrigação da família de assegurar a dignidade de seus entes está relacionada a outro princípio expressamente previsto na Constituição Federal, no artigo 3º, I, qual seja, o princípio da solidariedade.

O princípio da solidariedade não apenas está vinculado ao da dignidade humana, como, também, está diretamente relacionado ao direito material envolvido nas ações alimentícias, visto que a solidariedade familiar é um dos pilares dessas ações.

Poli apresenta a correlação entre a solidariedade e o dever de sustento, considerando que aquela cria para os membros das famílias um dever de assistência material³⁵².

³⁵¹ “A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. (...) O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 62).

³⁵² “A solidariedade gera para os membros da família um dever de fazer e de não fazer. Tradicionalmente, seria o dever de prestar assistência material. Atualmente como a família deve ser considerada um meio de promoção ao livre desenvolvimento da subjetividade de seus integrantes o dever de solidariedade engloba não apenas a assistência material, mas também uma assistência moral em buscar proporcionar um ambiente apto ao desenvolvimento de seus componentes. Daí surge a solidariedade recíproca entre os membros da família.” (POLI, Leonardo Macedo. Uma proposta de releitura do “princípio” da solidariedade na prestação de alimentos. *Crise econômica e Soluções Jurídicas*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 14).

Para Dias, a solidariedade tem origem nos vínculos afetivos, estando previsto em diversos dispositivos da Constituição Federal (artigo 3º, I³⁵³) e do diploma civil, nos capítulos das relações familiares³⁵⁴.

Para a referida autora, o princípio da solidariedade, à luz do Direito das Famílias, engloba também os conceitos de fraternidade e reciprocidade, considerando o estudo e a dinâmica das relações estabelecidas nos núcleos familiares.

Tanto assim que a solidariedade está expressamente prevista no Código Civil e no Estatuto da Pessoa Idosa, de forma a positivar a obrigação de sustento entre os membros da mesma família³⁵⁵.

Considerando essa disposição, e transpondo os conceitos do princípio da solidariedade para o direito processual, é possível identificar correspondência com o princípio da cooperação e da colaboração.

Isso, porque, ser solidário pressupõe ser cooperativo e colaborativo, o que é expressamente previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 com a finalidade de obter um processo mais colaborativo e cooperativo, resultado de muitas discussões existentes antes mesmo da promulgação do CPC/2015.

É que doutrinadores e juristas debatiam há tempos a respeito da necessidade de instituição de um processo mais colaborativo e coparticipativo, especialmente no âmbito das demandas alimentares, a fim de obter decisões justas, efetivas e, na medida do possível, definitivas.

E esse entendimento existente há décadas decorre da tentativa de minimizar as diferenças e atingir, na medida do possível, a igualdade entre as partes. Esse conceito está relacionado ao princípio da igualdade (ou princípio da isonomia).

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 5º, assegura a igualdade entre todos os residentes do país, seja brasileiro ou estrangeiro³⁵⁶.

³⁵³ Constituição Federal: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

³⁵⁴ “Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 66).

³⁵⁵ POLI, Leonardo Macedo. Uma proposta de releitura do “princípio” da solidariedade na prestação de alimentos. *Crise econômica e Soluções Jurídicas*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 14.

³⁵⁶ Constituição Federal: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

A terminologia utilizada pela constituição é alvo de críticas e debates, considerando que igualdade pressupõe apenas um tratamento igualitário perante a lei, sem identificar e respeitar as diferenças existentes entre os indivíduos.

Ao passo que isonomia, terminologia não utilizada pela Carta Magna, engloba não apenas a igualdade perante a lei (igualdade formal), mas também a igualdade substancial, observando e respeitando as diferenças. É o antigo ditado, tratar de forma igual os que são iguais, e desigual os desiguais.

No âmbito jurisdicional, o princípio da isonomia se manifesta a partir de dois agentes: (i) do juiz que deverá analisar o caso concreto, dando tratamento diversos para situações distintas e, iguais para situações iguais; e (ii) do legislador, ao editar leis que possibilitem o tratamento igual para situações iguais e desigual para situações desiguais.

Carvalho, analisando a manifestação da igualdade material e da isonomia no processo, afirma que o processo não está imune a realidade que ele está inserido, mas que pode buscar meios para atingir, o que Ada Pellegrini Grinover denomina de igualdade de armas, estabelecendo um “equilíbrio de situações, não iguais, mas recíprocas”³⁵⁷.

Bedaque, por sua vez, analisando o tema da isonomia no processo, afirma que o direito processual e a instrução probatória são áreas de produção de desigualdades e inobservância do princípio da isonomia³⁵⁸.

Esse entendimento decorre, especialmente, das divergências entre os litigantes promovidas pela aplicação pura e simples da distribuição estática do ônus da prova –regra prevista no CPC/73 e no CPC/2015 –, a qual, como já exposto, deixa de levar em consideração as peculiaridades do caso e dos litigantes, bem como as suas dificuldades na obtenção das provas necessárias para o exercício de seu direito.

³⁵⁷ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

³⁵⁸ “Dentre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz as exigências da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109).

Objetivando a alteração dessa realidade, o CPC/2015 buscou meios para minimizar as diferenças entre os litigantes, com a redação do § 1º do artigo 373, ao permitir, expressamente, ao magistrado ajustar/modificar o ônus da prova.

Pode-se afirmar, portanto, que a modificação do ônus da prova na forma como prevista no CPC/2015 representa uma positivação do princípio da isonomia, de forma a dar tratamento – no âmbito probatório – desigual aos desiguais.

O princípio da igualdade (ou, como aqui tratado, da isonomia), encontra correspondência no Direito das Famílias, como defendido por Dias. O Código Civil, a fim de refletir os princípios constitucionais, estabelece a igualdade de direitos entre cônjuges (art. 1.511), a mútua colaboração (art. 1.567) e, para o que importa a este trabalho, a igualdade de direitos e deveres dos genitores para com a sua prole (art. 1.631)³⁵⁹.

No âmbito das demandas alimentares, esse princípio deve ser observado, visto que a diferença entre os litigantes é cristalina: o alimentando, na parcela significativa dos casos, além de situação financeira e econômica mais deficitária em relação ao alimentante, tem restrições e dificuldades de acesso e produção das provas necessárias para o exercício do direito.

Ao passo que o alimentante, além de melhor posição econômica, como provedor dos alimentos, é quem detém amplo acesso aos documentos hábeis a comprovar as suas necessidades.

Trazendo o estudo deste princípio para o tema central do capítulo, tem-se que a aplicação da regra estática do ônus da prova nas ações de alimentos, não apenas violaria o princípio da isonomia, mas, também, o princípio do acesso à justiça, expressamente previsto no artigo 5º, XXXV, da CF.

Isso, porque, e aqui já adentrando na análise do último princípio correlacionado ao tema central deste trabalho, a aplicação da regra estática do ônus da prova limitaria os direitos do alimentando e dificultaria a produção probatória, podendo resultar, inclusive, em resultado injusto e não efetivo da demanda judicial.

A aplicação e a observância do referido princípio demandam a correta compreensão de seu objetivo. Como colocado por Cappelletti e Garth³⁶⁰, o princípio

³⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 66.

³⁶⁰ *Apud* HERNANDES, Bruna Molina. *A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos*

do acesso à justiça não assegura apenas o acesso propriamente dito, a formulação do requerimento judicial, mas, principalmente, a produção de resultados justos.

E, para que esse último item seja atingido, é imprescindível a regular tramitação da ação, compreendendo, entre outros elementos, a instrução probatória.

Em outras palavras, portanto, para além de se garantir o acesso ao poder judiciário, é necessário assegurar os meios para a prestação da tutela jurisdicional adequada, sem a qual o princípio do acesso à justiça seria esvaziado.

Pautados pela inadequação da aplicação da regra geral do ônus da prova (ônus estático) para a solução e efetiva prestação jurisdicional nas demandas alimentícias, iniciou-se um movimento na doutrina e jurisprudência para a modificação do ônus da prova, a fim de “resgatar a isonomia material do litigante vulnerável”³⁶¹ e atingir a paridade de armas nas demandas alimentícias.

Esse movimento, inicialmente embasado nos princípios constitucionais do direito de família, ganhou força com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor que, diante da diferença entre as partes, previa expressamente a inversão do ônus da prova em seu artigo 6º, VIII.

Essa conjunção resultou no entendimento presente hoje nos tribunais do Brasil, conforme se passa a demonstrar.

6.2 Modificação do ônus da prova na vigência do CPC/1973

Partindo-se dos princípios e temas trabalhados nos capítulos anteriores deste trabalho, e a fim de garantir a efetividade das demandas de alimentos, muitos doutrinadores, cientes dos obstáculos enfrentados pelos alimentandos na instrução probatória, iniciaram movimento para a modificação do ônus da prova, independente de regulamentação no diploma processual civil então vigente.

No regime do CPC/73, quando sequer havia previsão expressa acerca da possibilidade de modificação do ônus da prova no curso da demanda, doutrinadores

princípios constitucionais. Dissertação de (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 233.

³⁶¹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

defendiam a aplicação analógica do instituto da inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, VIII, do CDC³⁶².

O primeiro fundamento para a modificação do ônus da prova nas ações de alimentos independente de qualquer previsão legal decorria do fato – ainda presente – de que o juiz tem papel mais ativo e intervencionista nas demandas dessa natureza, considerando o direito nela tutelado³⁶³.

O segundo fundamento para a adoção desse instituto nas demandas alimentícias decorria do fato de que, nessas ações tem-se, de um lado, o alimentando, credor dos alimentos pleiteados, hipossuficiente e necessitado, portanto, dos recursos financeiros requeridos e, de outro, o devedor de alimentos que, justamente pela sua posição, certamente está em situação econômica mais favorável do que o alimentando³⁶⁴.

Para além da situação econômica, o alimentante também se encontra em posição processual – analisando acerca do ônus da prova – mais favorável frente ao alimentando. Explica-se.

Como colocado no capítulo 2.7, uma das provas – quiçá uma das mais importantes das demandas alimentícias – está relacionada aos rendimentos e às possibilidades financeiras do alimentante.

No entanto, conforme defendido por Dias, os rendimentos e as informações financeiras integram a esfera privativa do alimentante, sobre a qual, em virtude de proteção constitucional, o alimentando não tem acesso.

Dessa forma, adotar a regra estática do ônus da prova, impondo ao autor a demonstração das suas necessidades e a fortuna do alimentante, significaria conduzir

³⁶² HERNANDES, Bruna Molina. *A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos*: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos princípios constitucionais. Dissertação de (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 225.

³⁶³ “No entanto, considerando-se o escopo e a feição intervencionista do magistrado nas ações envolvendo o direito de família, é possível se falar da aplicação da teoria da carga dinâmica da prova nas ações de alimentos, mesmo não havendo positivação na legislação. Inclusive, a aplicação da teoria encontra respaldo em qualquer ação fundada em obrigação alimentícia, seja essa decorrente de obrigação alimentar ou dever familiar.” (SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. *A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014).

³⁶⁴ TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família*: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 236.

a ação à improcedência pela impossibilidade do alimentando em fazer prova das condições financeiras do alimentante³⁶⁵.

Cambi e Sgarioni, analisando a temática da distribuição do ônus da prova defendem que, considerando que o Direito tem a obrigação de proteger os vulneráveis, combater abusividades e construir instrumentos igualitários, a interpretação do Direito Privado à luz da Constituição Federal impõe a modificação do ônus da prova em determinadas demandas, como o caso das alimentícias³⁶⁶.

Dias, seguindo a linha pioneira do Rio Grande do Sul, também era defensora da modificação do ônus da prova nas ações alimentícias, a fim de permitir o conhecimento das reais possibilidades do provedor de alimentos. Prova essa que era impossível ao alimentando, na maioria dos casos.

Ou seja, exigir e impor ao alimentando o ônus de produção de prova acerca das possibilidades do alimentante seria a atribuição da *probatio diabólica* ao alimentando, o que poderia implicar em improcedência do pedido e ausência de prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Justamente por isso, Dias defendia, anos antes da previsão expressa no ordenamento processual brasileiro, a modificação do ônus da prova (por meio da distribuição dinâmica), atribuindo, assim, ao autor a prova da existência da obrigação e do vínculo do parentesco; e ao réu a prova de suas possibilidades, a fim de que possa ser fixada prestação alimentícia em observância ao princípio da proporcionalidade³⁶⁷.

Para Watanabe, o preenchimento, no caso concreto, dos requisitos para modificação do ônus da prova (considerando a aplicação analógica do CDC) e independentemente de situação econômico-financeira do alimentando, demandaria a

³⁶⁵ SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014.

³⁶⁶ SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

³⁶⁷ “Vem se consolidando entendimento de que, nas demandas alimentarias, se inverte a divisão tarifária dos encargos probatórios (CPC 333). Ao autor cabe tão só comprovar a obrigação do réu de prestar-lhe alimentos. É o que diz a lei (LA 2º): o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor. Não há como impor ao alimentando a prova dos ganhos do réu, pessoa com quem não vive, muitas vezes, nem convive, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 559).

sua aplicação, visto que entendimento diverso representaria, para o referido autor, formalismo extremo e retrógrado que poderia prejudicar o resultado da ação³⁶⁸.

Lagrasta Neto, defendendo também a modificação do ônus da prova nas ações de alimentos, afirma que, considerando a peculiaridade do caso envolvido e a urgência na solução da lide (conforme positivado na LA), é possível flexibilizar o momento da dinamização, alterando o ônus antes mesmo da manifestação das partes a respeito desse ponto, como corolário do princípio constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana e para garantia do mínimo existencial³⁶⁹.

Para referido autor, a modificação do ônus da prova fica mais evidente e necessária quando se analisa o acesso às provas de informática, como Instagram, Facebook, chats, e-mails, *WhatsApp*, aos quais, evidentemente, o alimentando não tem qualquer acesso³⁷⁰.

Na mesma linha, é o entendimento de Cahali, manifestado também na vigência do CPC/73, ocasião na qual o referido autor afirmou que a inversão na realidade compreenderia a prova da “impossibilidade do alimentante, como fato impeditivo da pretensão do alimentando”³⁷¹.

O entendimento doutrinário acerca da possibilidade (ou, até, da necessidade) de modificação do ônus da prova foi acompanhado pelos Tribunais brasileiros que passaram a modificar o ônus da prova em relação à prova da possibilidade do alimentante, com a aplicação analógica do instituto da inversão do ônus da prova.

³⁶⁸ “Para WATANABE (2011) independeria até mesmo de sua situação econômica, diante da manifesta vulnerabilidade (op. cit. p. 8) – pois, ao recusar o magistrado a aplicação correta do princípio da carga dinâmica da prova, assumiria atitude de indisfarçável comodismo ou formalismo retrógrado.” (LAGRASTA NETO, Caetano. *Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos* In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 99).

³⁶⁹ “No Direito de Família, com absoluta certeza, existe o momento da inversão do ônus e da aplicação da carga dinâmica da prova, como corolários do princípio constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana, em aplicação extensiva do conceito de política pública em seu mínimo existencial, coroando o referido princípio na esfera processual, como tratamento igualitário das partes e, reitere-se, a afastar o retrocesso social.” (LAGRASTA NETO, Caetano. *Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos* In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 98.)

³⁷⁰ “Quando anoto a similitude na busca pela prova seja na esfera do Processo Civil, seja na do CDC, evidencia-se que nas questões de Família será imprescindível a inversão, especialmente, ao tratar de acesso aos meios da tecnologia da Informação (internet, facebook, chat, etc.)” (LAGRASTA NETO, Caetano. *Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos* In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 102).

³⁷¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 575.

Conforme análise – e mesmo julgamento – de Caetano Lagrasta Neto, na vigência do CPC/73, no contexto das ações de família, o magistrado não poderia proferir sentença afirmando que a prova não teria sido apresentada, considerando o ônus desproporcional imposto a parte mais vulnerável.

Em virtude disso, o referido autor cita dois julgados, um de sua relatoria e outro da mesma turma, proferidos na vigência do antigo CPC, nos quais o Tribunal entendeu pela possibilidade de modificação do ônus da prova, a fim de se obter solução justa e efetiva³⁷².

Ainda que de forma tímida, o TJSP já apresentava, no contexto do CPC/1973, tendência para aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em ações de direito de família, conforme se pode verificar de julgamento realizado pela 4ª Câmara de Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2011, em recurso de relatoria do Des. Francisco Loureiro, no qual foi reconhecida a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus das provas nas ações de família, especialmente quando versarem sobre direitos indisponíveis³⁷³.

Especificamente em relação às ações de alimentos, vale mencionar julgamento realizado pela 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no qual entenderam pela atribuição do ônus da prova ao alimentante relativo às suas possibilidades para custear os alimentos pleiteados pelo autor³⁷⁴.

³⁷² “Alimentos. Revisional. Pedido julgado improcedente. Alimentante que se beneficia da dificuldade em provar a sua disponibilidade. Aplicação da teoria da carga dinâmica da prova. Sentença reformada. Majoração dos alimentos para 60% do salário mínimo. Recurso provido.” (Ap. nº. 990.10.238614-7). “Alimentos. Autora que sempre dependeu dos aportes do varão que exerce atividade com evidente dificuldade de aferição dos ganhos. Inversão do ônus da prova. Teoria da carga dinâmica das provas. Percentual fixado na sentença mantido. Recurso improvido.” (Ap. nº. 990.10.253153-8) (LAGRASTA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 100).

³⁷³ “Em tema de direito de família, que versa sobre direitos indisponíveis, o juiz deve analisar com especial cuidado a existência de indícios e circunstâncias de fraude, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, e aplicar a teoria da carga dinâmica das provas. Possível, com base em máximas de experiência, reconhecer que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual, porque a dificuldade da prova a beneficia.” (TJSP. Recurso de Apelação nº 9069990- 81.2007.8.26.0000. 4ª Câm. Dir. Priv. Rel. Des. Francisco Loureiro. j. 9.6.2011).

³⁷⁴ “Apelação. Ação de alimentos. Sentença de procedência que fixou a pensão em um salário mínimo. Inconformismo do alimentante. Dois filhos menores. Necessidades presumidas. A impossibilidade econômica do alimentante, como fato impeditivo da pretensão dos alimentandos deve ser por ele provada. Inversão do ônus da prova. Precedente do STJ. Não comprovado pelo apelante seus rendimentos, sequer declarou sua renda mensal. Valor da pensão mantido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso não provido.” (TJSP. Recurso de Apelação nº 1004516-55.2014.8.26.0196. 8ª Câm. Dir. Priv. Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. j. 7.8.2015)

Pioneiro em julgamentos a respeito da modificação do ônus da prova em ações alimentícias, o TJRS, na vigência do CPC/73, recorrentemente julgava favorável à modificação do ônus de provar as possibilidades ao alimentante,³⁷⁵ o que motivou a edição pelo Centro de Estudos daquele Tribunal, da Conclusão nº 37, cujo conteúdo, embasado na disposição de Yussef Cahali, pode ser assim sintetizado: “Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”.

Esse entendimento também estava presente no STJ desde o final do século passado, conforme colocado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha em acórdão proferido pela 4ª Turma daquele Tribunal, ocasião na qual se entendeu pela atribuição do ônus de provar a impossibilidade no pagamento do montante pleiteado a título de alimentos ao alimentante, retirando esse ônus, então, da esfera do alimentado³⁷⁶.

Vale ressaltar que, inobstante conste da redação da 37ª conclusão do TJRS que é a prova da impossibilidade do custeio dos alimentos na forma como pretendida pelo autor que fora atribuída ao requerido, o ônus atribuído ao alimentante se destina à real prova de suas possibilidades e não apenas à comprovação da modificação, extinção ou impedimento do direito do autor.

Isso, porque, quando da formulação dos pedidos e atribuição dos valores, na maioria dos casos, o credor de alimentos não deterá informações suficientes para a estipulação dos valores, indicando apenas com base na tabela de despesas mensais para o seu custeio e mera estimativa³⁷⁷.

³⁷⁵ “A FIXAÇÃO DO QUANTUM DA PENSÃO ALIMENTÍCIA DEVE ATENDER AO BINÔMIO NECESSIDADE DO CREDOR E POSSIBILIDADE DO DEVEDOR, IMPONDO-SE AO DEMANDANTE-ALIMENTANTE DEMONSTRAR A MUDANÇA EM TAIS CONDIÇÕES PESSOAIS A JUSTIFICAR A REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR FIXADA. AUSENTE COMPROVAÇÃO DA ALEGADA IMPOSSIBILIDADE, NÃO PROCEDE O PLEITO. SENTENÇA MANTIDA.” (TJRS. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 0444490-81.2013.8.21.7000. 8ª CÂMARA CÍVEL. REL. DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ. j. 30.1.2014).

“(…) AS NECESSIDADES DOS FILHOS MENORES DE IDADE SÃO PRESUMIDAS, COMPETINDO AOS GENITORES LHEM PRESTAR ASSISTÊNCIA. CONSTITUI ENCARGO DA ALIMENTANTE PROVAR QUE NÃO REÚNE AS CONDIÇÕES DE PRESTAR OS ALIMENTOS NO VALOR FIXADO.” (TJRS. RECURSO DE APELAÇÃO Nº 0410295-70.2013.8.21.7000. 8ª CÂMARA CÍVEL. REL. DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ. j. 30.1.2014)

³⁷⁶ “A obrigação alimentar entre pais e filhos, além de seu aspecto moral, decorre da própria lei (art. 397 do Código Civil), razão pela qual não há como se negar que, em princípio, cabe ao genitor, guardadas as devidas proporções, assegurar a subsistência do filho. Diante disso, cabe ao alimentante o ônus de demonstrar a impossibilidade econômica de suportar os alimentos, e não ao alimentando.” (STJ. REsp nº 166.720-MG. 4ª Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. j. 17.2.2000).

³⁷⁷ “O autor de uma ação de alimentos não dispõe, de regra, de elementos seguros de prova acerca da possibilidade do demandado. Assim, justifica-se que a pretensão alimentar, em casos tais, possua caráter meramente estimativo, que restará melhor precisado com a dilação probatória que se vier a

Todavia, em casos específicos, pode ser que esses valores não correspondam minimamente a condição social do alimentante.

Sendo assim, caberia, regularmente, ao alimentante apenas fazer prova do fato modificativo, ou até mesmo, impeditivo do direito do alimentando, o qual consiste na prova da impossibilidade no custeio dos valores pretendidos.

Ao passo que, a modificação do ônus da prova com a atribuição ao alimentante do ônus de provar as suas possibilidades, permite ao magistrado e ao alimentando, obter conhecimento sobre a realidade dos rendimentos e da condição social do alimentante, viabilizando, assim, então, a fixação dos alimentos de forma compatível e proporcional a essa realidade.

Em outras palavras, portanto, a interpretação e aplicação direta ou analógica do instituto da dinamização do ônus da prova e da 37ª Conclusão do TJRS deve se dar de forma ampla.

Esse foi o entendimento defendido por SILVA, em artigo publicado na vigência do CPC/73, no qual afirmou que a aplicação imperativa da inversão do ônus probatório nas ações de alimentos, atribuindo ao autor o dever de provar a existência da obrigação e a as necessidades, se maior de idade, e ao réu a prova de suas possibilidades³⁷⁸.

Essa modificação do encargo probatório representa meio de adequação do sistema processual civil às disposições de direito material, observando os princípios constitucionais do processo civil, garantindo a utilidade do processo judicial e a efetiva prestação jurisdicional, conforme defendido por Danilo Knijnik³⁷⁹.

Conclui-se, portanto, que na vigência do CPC/73 já era amplamente reconhecida pelos doutrinadores brasileiros, com alguma repercussão nos tribunais regionais e superiores, a insuficiência e inadequação do instituto da distribuição estática do ônus da prova, em especial para as ações de alimentos, motivando, assim, a modificação do referido ônus, seja por aplicação analógica do instituto da inversão

produzir.” (SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017).

³⁷⁸ SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014.

³⁷⁹ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUZ, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 945.

ou por adoção da teoria da distribuição dinâmica, não incorporada ao ordenamento processual civil da época.

6.3 Modificação do ônus da prova na vigência do CPC/2015

Nas últimas décadas, o sistema processual civil brasileiro foi se aproximando cada vez mais dos princípios constitucionais, considerando que o direito processual, apesar de voltado para regulamentar situações particulares, representa, a bem da verdade, a atuação estatal no direito objetivo³⁸⁰.

E um dos principais instrumentos para se garantir a observância dos princípios constitucionais, a fim de garantir a tutela jurisdicional justa, é o direito probatório, considerado como a espinha dorsal do direito processual³⁸¹.

Refletindo as discussões existentes, o Código de Processo Civil de 2015, buscando um modelo constitucional de processo, visando ao acesso à justiça e à cooperação entre os litigantes, incorporou, ainda que timidamente, a previsão da distribuição dinâmica do ônus da prova³⁸².

Diga-se timidamente pois o CPC/2015 ainda prevê, como regra, no *caput* do artigo 373, a distribuição estática do ônus da prova, a qual, como já exposto neste trabalho, prevê que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, os modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

No entanto, diferentemente do que ocorria no regime do CPC/73, e influenciado pelas teorias de Bentham e Peyrano, há a previsão expressa, no § 1º do artigo 373, para a modificação do ônus da prova, a depender da peculiaridade do caso e das situações das partes.

Ao assim prever, o CPC/2015 reconheceu expressamente o que a doutrina já defendia há anos, o sistema de distribuição estática do ônus da prova se mostrava imperfeito e insuficiente para a solução de alguns casos.

³⁸⁰ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

³⁸¹ DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

³⁸² PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

Dessa forma, a fim de assegurar direitos fundamentais como o acesso à justiça e a ampla defesa, criou regramento para a distribuição dinâmica do ônus da prova, de forma a instituir um processo participativo e cooperativo entre as partes³⁸³, descentralizando-o das mãos do juiz e, atingindo, assim, uma decisão de mérito justa, efetiva e com observância do contraditório³⁸⁴.

Vale destacar, contudo, que a dinamização é de aplicação subsidiária e excepcional³⁸⁵, devendo ser adotada *com parcimônia e de forma residual*, sem que a sua utilização acabe levando-a *ao descrédito*³⁸⁶, não tendo sido excluída ou invalidada a distribuição estática, que ainda se mostra eficiente e válida para diversos casos.

Ademais, convém destacar que a distribuição dinâmica do ônus da prova não autoriza que aquele a quem competia o ônus original se quede inerte, visto que caberá a ele convencer o magistrado de que não tem condições de produzir a prova necessária, ou que será mais facilmente produzida pela contraparte³⁸⁷.

A forma que o CPC/2015 encontrou para o atingimento desse objetivo foi viabilizar a distribuição dinâmica do ônus da prova *ope judicis* (§ 1º), quando presentes determinados requisitos, ou por convenção das partes (§ 3º).

6.3.1 Dinamização *ope judicis*

O artigo 373, § 1º, do CPC/2015, seguindo a teoria de Peyrano, viabilizou a adoção, pelo magistrado, da denominada distribuição dinâmica do ônus da prova, desde que se dê por decisão devidamente fundamentada e sempre observando determinados e expressos requisitos.

Esse – decisão fundamentada – é o primeiro dos denominados pressupostos formais gerais necessários para a dinamização do ônus da prova, devendo sempre

³⁸³ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

³⁸⁴ LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 231-342, fev. 2012.

³⁸⁵ DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

³⁸⁶ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1010.

³⁸⁷ SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

ser observada a disposição contida nos artigos 11³⁸⁸ e 489³⁸⁹ do CPC, conforme defendido, entre outros, por Didier Jr., Braga e Oliveira³⁹⁰, Carvalho³⁹¹ e Ramos³⁹².

No entanto, não basta a simples fundamentação genérica para a justificativa da distribuição dinâmica do ônus da prova. Isso, porque, conforme alertam os referidos autores, as hipóteses de dinamização do ônus da prova são recheadas de conceitos jurídicos indeterminados, os quais demandam, por parte do magistrado, a análise e fundamentação concreta dos motivos que justificam a dinamização³⁹³.

Ademais, conforme abordado por Cambi³⁹⁴, a dinamização pode, e, a bem da verdade deve, ser a respeito de fatos individualizados e não sobre o conjunto probatório integral, o que implicaria em desigualdade entre os litigantes. Esse também é o entendimento de Dinamarco, que repudia a dinamização de forma genérica e não especificada³⁹⁵.

Na mesma linha, Ferreira indica como pressuposto da dinamização do ônus da prova a determinação dos fatos probandos, a partir da qual será possível verificar a viabilidade da dinamização, bem como a sua individualização³⁹⁶.

Sendo assim, caberá ao magistrado a individualização do fato que terá a dinamização da prova, de forma fundamentada, seguindo, a respeito dos demais, a regra legal do ônus da prova, prevista no artigo 373, *caput*, do CPC.

³⁸⁸ CPC/2015: Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

³⁸⁹ CPC/2015: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (...)

³⁹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 123.

³⁹¹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

³⁹² RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, 7, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 247-262, nov. 2021.

³⁹³ “Trata-se de conceito jurídico indeterminado e que deixa a critério do juiz a sua elucidação, observadas as peculiaridades da causa. Cabe ao magistrado distribuir o ônus a quem detém os elementos da prova.” (BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016).

³⁹⁴ CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 420.

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 88.

³⁹⁶ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1008.

A fundamentação da decisão que determinar a distribuição dinâmica do ônus da prova deverá conter os elementos – pressupostos materiais ou requisitos – que motivaram o magistrado a aplicar o procedimento diverso do ônus geral da prova.

Os pressupostos materiais que o CPC indica como requisitos para a inversão do ônus da prova são dois: a impossibilidade e extrema dificuldade da parte em produzir a prova e a maior facilidade para outra parte produzir a referida prova, expressamente indicados no § 1º do artigo 373.

Primeiramente, é preciso pontuar divergência em relação à redação adotada pelo legislador de 2015 a respeito dos pressupostos materiais para a aplicação da dinamização do ônus da prova.

É que ao indicar quais seriam os elementos necessários para a dinamização do ônus da prova, o legislador adotou a partícula disjuntiva “ou”, induzindo ao entendimento de que bastaria a presença de um dos itens lá indicados para a aplicação da distribuição dinâmica.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade **ou** à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* **ou** à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Em virtude disso, há parcela da doutrina que afirma que para a dinamização do ônus da prova seria necessário apenas um dos pressupostos materiais indicados no § 1º³⁹⁷.

Em sentido oposto, no entanto, é a argumentação apresentada por Ferreira, que alega que cada um dos pressupostos materiais listados no § 1º do artigo 373 se refere a uma das partes do processo e, como forma de garantir a observância ao princípio da igualdade e estimular a descoberta da verdade, os pressupostos materiais têm de ser interpretados de forma cumulativa³⁹⁸.

A análise dos pressupostos de forma cumulativa garante o equilíbrio processual entre as partes litigantes, visto que seria descabível que a modificação do ônus da

³⁹⁷ “Além dos pressupostos formais, já examinados, o juiz deverá verificar a ocorrência de ao menos um pressuposto material.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 127.)

³⁹⁸ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1008.

prova, com base no artigo 373 do CPC, implicasse em encargo insuperável a uma das partes do processo, conforme defende Ferreira³⁹⁹.

É, aliás, essa a vedação expressamente contida no § 2º do mesmo dispositivo, o qual veda a dinamização quando a parte a ser onerada não tiver maior facilidade na produção da referida prova, razão pela qual os pressupostos materiais deverão ser analisados de forma cumulativa⁴⁰⁰.

Adotando entendimento a respeito da necessidade de análise dos pressupostos materiais de forma cumulativa, pode-se identificar o primeiro deles, qual seja, a impossibilidade ou extrema dificuldade para que a parte produza a prova.

Ou seja, para a modificação do ônus da prova é necessário que o encargo probatório para a parte seja de tamanha onerosidade, que se torne (quase) impossível ou extremamente onerosa a sua realização.

E essa impossibilidade ou extrema onerosidade para a produção da prova pela parte deve ser entendida não apenas sob o aspecto econômico-financeiro, mas, principalmente, técnico, de acessibilidade ou funcional⁴⁰¹.

Especialmente no tema das ações de alimentos, tem-se que a impossibilidade na produção da prova das possibilidades do alimentante pelo alimentando está diretamente relacionada às dificuldades de acesso à prova, as quais, em sua maioria, são sigilosas e de posse exclusiva do requerido.

Essa prova de difícil ou impossível realização foi denominada pela doutrina como prova diabólica, conforme já estudado no capítulo 4.7 deste trabalho.

Ferreira, analisando os pressupostos materiais para a dinamização do ônus probatório, afirma que a existência de parte hipossuficiente em relação à produção probatória deverá necessariamente corresponder a maior facilidade da parte contrária para a realização do mesmo encargo.

³⁹⁹ "(...) não seria admissível a dinamização se esta não fosse útil, não trouxesse um proveito para a instrução; além do que entre a aferição das condições das partes para a produção opera-se de forma pendular e por atração e repulsão, em que o reposicionamento do ônus decorre de uma repulsa do pêndulo de um lado (por impossibilidade ou excessiva dificuldade) e atratividade do outro lado (por maior facilidade de obtenção da prova pela parte onerada)." (FERREIRA, William Santos. *In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1008).

⁴⁰⁰ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016.

⁴⁰¹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

Ou seja, para a dinamização do ônus probatório pelo magistrado, não bastará que a parte que tem o encargo originalmente esteja impossibilitada de cumpri-lo, mas será necessário que isso corresponda à maior facilidade da contraparte na produção da mesma prova, sob “pena de omissão inconstitucional em razão da violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional”⁴⁰².

Esse é, então, o segundo pressuposto material previsto no dispositivo legal: facilidade da parte contrária para a produção probatória.

Vale ressaltar, no entanto, que diferentemente da relação de consumo, para fins da dinamização do ônus da prova prevista no CPC, a hipossuficiência financeira, por si só, não autoriza a dinamização, pois, como defendido por Ferreira⁴⁰³ e Carvalho⁴⁰⁴, existem outros elementos para a correção da diferença econômica entre os litigantes.

A hipossuficiência, portanto, para fins de modificação do ônus da prova, com base no disposto no artigo 373 do CPC, deve ser analisado de forma ampla, podendo ser tanto em sua acepção técnica, econômica, científica, profissional ou de qualquer outra natureza⁴⁰⁵.

Para DINAMARCO, a insuficiência de recursos financeiros pode ser considerada como um bom critério para a modificação do ônus da prova, mas não como o único⁴⁰⁶.

O presente trabalho, como exposto em momentos anteriores, considera essencial a coexistência dos dois pressupostos materiais para a dinamização do ônus da prova, como forma de manter o equilíbrio entre as partes do processo; do contrário,

⁴⁰² DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

⁴⁰³ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDAALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1009.

⁴⁰⁴ “Sobre este aspecto, tem-se entendido que a hipossuficiência econômica, por si só, não ensejaria a modificação do ônus de provar. Melhor explicando, a dificuldade de custear a prova não conduz à sua transferência à parte contrária. As questões relacionadas ao custeio da prova, assim como as demais despesas processuais, devem ser resolvidas nos termos da assistência jurídica gratuita, matéria disciplinada pela Lei 1.060/50.” (CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017).

⁴⁰⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

⁴⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 87.

seria permitir a simples inversão da prova diabólica, o que violaria princípios fundamentais do modelo constitucional do processo civil.

Vale destacar ainda dois pontos presentes na dinamização do ônus da prova *ope judicis*: a modificação dos encargos financeiros e a flexibilidade da dinamização.

O primeiro ponto, sem regulamentação específica na legislação e que ainda gera muitas discussões entre os doutrinadores brasileiros, diz respeito à modificação do ônus da prova corresponder, ou não, à modificação do encargo financeiro para a sua produção.

Para Dinamarco, essa correlação é cristalina, visto que “não transferir o encargo à outra parte significaria não transferir o próprio ônus probatório”⁴⁰⁷.

Ou seja, para o referido doutrinador, em diversos casos, especialmente quando a modificação do ônus probatório tiver sido motivada pela diferença financeira, admitir que a inversão do encargo financeiro não estaria englobada, tornaria ineficaz a própria dinamização.

FERREIRA, no entanto, tem entendimento diverso, afirmando que não necessariamente a inversão corresponderá à modificação da obrigação pelo custeio da prova.

Seguindo entendimento de Ferreira, o presente trabalho entende, também, que a dinamização do ônus probatório não implica, necessariamente, a alteração da obrigação pelo custeio da prova. Isso, pois, como exposto nos parágrafos anteriores, a dinamização do ônus probatório, nem sempre será motivado pelos critérios financeiros.

É evidente, contudo, que quando a dinamização tiver como seu fundamento a hipossuficiência financeira, a modificação do custeio também deverá ocorrer. Todavia, caso esse não seja o propulsor para a modificação do ônus probatório, será permitido ao magistrado manter os encargos financeiros nos termos originais e estáticos.

Quanto ao segundo ponto – flexibilidade da dinamização –, a doutrina já se mostra mais alinhada, afirmando que, por se caracterizar como uma decisão judicial tomada a partir da análise dos fatos apresentados no processo, caso a situação fática das partes seja alterada e, portanto, a parte que tinha o ônus original presente

⁴⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 87.

condições de cumpri-lo com maior facilidade, poderá o juiz, então, modificar novamente o ônus, retomando, assim, o *status quo ante*⁴⁰⁸.

Por fim, vale mencionar que a decisão que modifica o ônus da prova é recorrível de imediato por agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015, XI, do CPC⁴⁰⁹. Todavia, a decisão que indeferir a modificação requerida por uma das partes será recorrível apenas por ocasião de recurso de apelação ou em sede de contrarrazões de apelação⁴¹⁰.

Esclareça-se que no momento da elaboração deste trabalho, diversos são os recursos pendentes no STJ e os debates doutrinários acerca da taxatividade mitigada do agravo de instrumento, de forma que a limitação para recurso no caso de indeferimento da modificação do ônus da prova poderá ser alterada a qualquer tempo.

6.3.2 A distribuição convencional do ônus da prova

O CPC/2015, prestigiando a resolução de mérito e de forma efetiva dos conflitos judicializados, e adotando um modelo de processo coparticipativo e cooperativo entre as partes, ampliou as possibilidades de negócios jurídicos processuais⁴¹¹.

Entre esse rol de negócios jurídicos contemplados no atual CPC, está a distribuição do ônus da prova, a qual poderá ser acordada pelas partes para que ocorra de forma diversa da regra estática prevista no *caput* do artigo 373 do CPC/2015.

Essa faculdade, expressamente prevista no § 3º do artigo 373 do CPC⁴¹², diferentemente do que ocorre no caso da distribuição *ope judicis*, não está

⁴⁰⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 129.

⁴⁰⁹ CPC/2015: Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

⁴¹⁰ LOPES, João Batista *apud* BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts 318 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. v. 2, p. 259.

⁴¹¹ SÁ, Rodolfo Seabra Alvim Bustamante. *Negócios jurídicos processuais no modelo constitucional do processo civil e a atuação do estado-juiz na fase de instrução*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 39-40.

⁴¹² CPC/2015: Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...)

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito

condicionada, para a sua formalização, na dinamização convencional, à verificação dos pressupostos materiais.

Isso, porque, a dinamização do ônus da prova de forma convencional é, na realidade, negócio jurídico processual⁴¹³, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o CPC/2015⁴¹⁴ e que, em se tratando de acordo entre as partes, não precisa de pressupostos formais para a sua celebração, mas, apenas, para a sua devida validade e aplicação.

Portanto, ao acordo sobre a dinamização do ônus da prova também serão aplicadas as regras previstas no artigo 200 do CPC⁴¹⁵, sendo possível a sua celebração antes ou durante o litígio, produzindo efeitos desde a sua celebração, independentemente de homologação judicial.

No entanto, ao permitir a distribuição dinâmica do ônus da prova pela convenção das partes, o CPC/2015 impôs duas restrições à eficácia da convenção: (i) a natureza do litígio, de forma que o encargo de provar não poderá versar sobre direitos indisponíveis; e (ii) as consequências da inversão, a fim de evitar o surgimento de desequilíbrio no processo, criando, para a parte a qual o ônus foi atribuído, encargo extremo que inviabilize o seu cumprimento.

Em outras palavras, assim como a dinamização realizada pelo juiz, no caso da convencional também deverá ser respeitado o equilíbrio das partes, sendo ineficaz a dinamização que inverter o ônus da prova diabólica ou criar situação de desequilíbrio antes inexistente.

A respeito dessa restrição à dinamização do ônus da prova, Dinamarco afirma que tal medida tem como objetivo resguardar direitos fundamentais previstos na constituição, garantindo o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.⁴¹⁶

⁴¹³ “Trata-se de verdadeiro negócio jurídico processual, admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico (agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei)”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 243).

⁴¹⁴ “A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio jurídico anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 120).

⁴¹⁵ CPC/2015: Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

⁴¹⁶ “A assunção do encargo de uma *probatio* diabólica, ainda quando resultante da vontade da própria parte, significaria fadar a insucesso muito provável a pretensão que no processo ela alimenta e defende;

Importante esclarecimento acerca da distribuição convencional concerne a sua coexistência com os poderes instrutórios do juiz. Ou seja, a celebração da distribuição dinâmica do ônus da prova pela convenção entre as partes não afasta ou inibe que o magistrado exerça a sua iniciativa probatória, inclusive, modificando o ônus estabelecido entre as partes.

Para Didier Jr., Braga e Oliveira, o fato de a distribuição dinâmica convencionalizada entre as partes conviver com os poderes instrutórios do juiz acaba reduzindo a sua utilização e a análise do tema pelos doutrinadores⁴¹⁷.

No âmbito das demandas de direito de família, em especial as alimentícias, a celebração de negócio jurídico processual a respeito da distribuição do ônus da prova tem aplicação restritíssima, visto que, em parcela significativa dos casos, estar-se-á diante de direito indisponível e, portanto, impossível a transação, ou, se realizada, deverá ser considerada inválida pelo magistrado.

Vale ressaltar, contudo, que o negócio jurídico processual que onerar o alimentante, sem criar, em contrapartida, ônus ao alimentando, será válido, considerando que o ônus de provar do alimentante é disponível⁴¹⁸.

6.3.3 Os poderes-deveres instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova

O CPC/2015 foi elaborado com o objetivo de garantir uma solução mais rápida e efetiva para os litígios apresentados ao Poder Judiciário, utilizando, para tanto, a ampliação dos poderes do juiz, especialmente no âmbito probatório, como instrumento para atingimento dessa finalidade.

O tema acerca dos poderes do juiz e, mais precisamente, dos poderes instrutórios do juiz, no entanto, não é recente e tem gerado inúmeros e diversos debates ao longo dos anos.

a parte tem o poder de transigir ou mesmo renunciar aos direitos disponíveis, mas não o de envolver em suas atitudes suicidas o juiz, que está no exercício de uma função pública (o processo não é um negócio de família). Uma permissão incontrolada poderia ter a consequência de fechar portas ao acesso à justiça, sendo por isso inconstitucional, além de trazer o risco de abrir caminhos à conclusão das partes com o objetivo de fraudar a lei ou prejudicar terceiros” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 85).

⁴¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 122.

⁴¹⁸ SÁ, Rodolfo Seabra Alvim Bustamante. *Negócios jurídicos processuais no modelo constitucional do processo civil e a atuação do estado-juiz na fase de instrução*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 47.

Entre essas discussões, o tema dos limites desse poder, de forma a garantir a imparcialidade do juiz, merece especial destaque. Todavia, para melhor compreender essa discussão é necessária uma breve explicação acerca do tema geral do dever-poder instrutório do juiz.

Conforme apresentado por Miranda, o poder de instruir decorre diretamente do poder de julgar, considerando que para bem julgar o magistrado precisa, primeiramente, se convencer⁴¹⁹, decorrendo, assim, naturalmente, o poder instrutório⁴²⁰.

Ferreira, ao analisar os poderes do juiz de direito em contrapartida com a atuação de um juiz de futebol, destaca a obrigação e o comprometimento do juiz de direito com a qualidade do resultado, objetivando alcançar uma decisão justa, a qual é obtida a partir da regular instrução probatória⁴²¹.

No entanto, em que pese o poder instrutório do juiz decorra naturalmente de sua função principal e final no processo, esse poder foi, por muito tempo, limitado pelos doutrinadores e pela jurisprudência brasileira.

Isso porque, apesar de o conceito do poder instrutório do juiz brasileiro tenha origem na Itália e na Alemanha, países democráticos que permitiram a atuação mais efetiva do juiz nos processos a fim de contribuir com a solução do caso⁴²², por muito tempo se adotou o conceito de que tal poder apenas poderia ser utilizado de maneira

⁴¹⁹ “Ora, se o juiz tem o poder de julgar e, para decidir, forma antes sua convicção baseando-se na prova produzida, segue-se daí que lhe cabe também o poder de instruir.” (MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva. 1993. p. 208).

⁴²⁰ “A expressão ‘poder instrutório’ tem aqui acepção genérica. Não é apenas o de determinar de ofício esta ou aquela prova. É genericamente o de exigir a colaboração de todos para a prova, o de dirigir a instrução, o de valorar as provas, com a finalidade última de instruir.” (MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva. 1993. p. 208).

⁴²¹ “Com o devido respeito, o juiz de direito não é como árbitro de futebol que conhecendo as táticas do esporte tem que ficar em silêncio, mesmo verificando que um dos técnicos erra na tática empregada. O árbitro de futebol existe apenas para assegurar cumprimento de regras, não um bom espetáculo de futebol, com ambos os times empregando a melhor tática.

O juiz, diferentemente do árbitro de futebol, como representante do Estado, do Poder Judiciário, tem, não somente o dever com o fair play processual, mas também com a qualidade do resultado. O processo não é um jogo, mas uma técnica empregada à serviço do melhor julgamento possível do caso concreto, voltado ao alcance de uma decisão justa.” (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. p. 246-247)

⁴²² “Um segundo modelo, no qual se inspira a maior parte dos ordenamentos atuais, entre os quais se pode lembrar por exemplo a Itália e a Alemanha, prevê que ao juiz são atribuídos alguns poderes de iniciativa instrutória. Naturalmente, esses poderes podem ser mais ou menos numerosos, mais ou menos amplos de acordo com cada caso. Emerge, no entanto, uma tendência bastante nítida de incremento dos poderes instrutórios do juiz que se manifesta também na Itália, por exemplo, com a recente introdução do art. 281 ter.” (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr.-jun. 2003).

complementar e excepcional⁴²³, ou seja, o magistrado apenas poderia ter a iniciativa probatória oficial caso, ao final da instrução, concluísse pela insuficiência de provas.

Em seu trabalho elaborado no regime do código revogado, no qual a iniciativa probatória do magistrado era limitada, Miranda expõe algumas características essenciais do poder instrutório, as quais foram, conforme se demonstrará, aprimoradas pelo CPC/2015: (i) o poder instrutório é excepcional e complementar, podendo o juiz fazer uso nos casos de “estado de perplexidade” e questões de ordem pública; (ii) o poder instrutório não é preclusivo, podendo acontecer a iniciativa probatória oficial tanto em primeira, quanto em segunda instância e (iii) o poder instrutório tem de estar restrito ao tema do litígio trazido pelas partes⁴²⁴.

Essa visão perdurou por muitos anos, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira, apresentando principais mudanças a partir da segunda metade do século XX, ocasião em que o mundo experimentou significativas mudanças políticas, econômicas e sociais que repercutiram no processo, o qual passou a ser visto como um “meio de conferir efetividade à tutela dos direitos materiais, e não apenas no campo destinado ao duelo dos litigantes, no qual ao juiz caberia um papel passivo de mero árbitro”⁴²⁵.

Justamente em virtude dessa alteração da função do papel do juiz, muitos doutrinadores passaram a defender uma atuação mais ativa do juiz na instrução do feito.

Grande estudioso do tema das provas, Taruffo afirmou que a modificação de entendimento acerca da atuação mais ativa do juiz e do exercício amplo dos poderes instrutórios do juiz decorreram, em síntese, para contribuir na busca da verdade no processo civil e em virtude da *falta de confiança na iniciativa das partes*, o que motivou um maior controle das iniciativas probatórias por parte do juiz, especialmente quando

⁴²³ “Essa atividade probatória oficial reveste-se de complementariedade em relação às partes. (...) Verificando, no entanto, o juiz que as provas oferecidas pelas partes mostram-se insuficientes para a formação de sua convicção, formação essa necessária para o ato obrigatório de decidir, pode ele complementá-las.” (MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993. p. 216)

⁴²⁴ MIRANDA, Vicente. Poderes do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993. p. 217-218.

⁴²⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. O juiz, a prova e o processo justo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 274.

as adotadas pelas partes “se mostrarem insuficientes para provar os fatos em litígios”.⁴²⁶

No âmbito nacional, Bedaque defende que os poderes instrutórios do juiz estão diretamente relacionados à procura da verdade, a qual motivará na instrução efetiva do feito⁴²⁷.

Na mesma linha, e ainda que não de forma expressa, Barbosa Moreira afirma que “a função do juiz é julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos”⁴²⁸.

Discussão relevante acerca desse tema – e que é abordada tanto pelos defensores quanto pelos opositores – é o momento da atuação instrutória do juiz e se a atividade instrutória do juiz compromete ou não a sua atuação imparcial no processo.

A respeito do primeiro ponto, considerando o já exposto, os poderes instrutórios do juiz não estão atrelados – condicionados – à inércia das partes, ou seja, a atuação de ofício do juiz no que tange à determinação para produção das provas não depende da ausência de manifestação da parte que deveria ter requerido determinada prova. Tampouco que o exercício desses poderes pelo juiz da causa representaria limitação à produção probatória das partes do processo. Assim, é necessário compatibilizar os deveres de instrução probatória das partes com os poderes instrutórios do juiz⁴²⁹.

Não pode, também, afirmar que a atuação instrutória do magistrado estaria limitada aos processos que versem sobre direito indisponível, visto que nos direitos disponíveis a parte teria ampla liberdade para requerer ou não determinada prova e, se assim não o fez, a responsabilidade e o ônus por essa ausência probatória seriam

⁴²⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 110.

⁴²⁷ “Quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. Ou seja, deve o juiz ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade instrutória oficial.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 19).

⁴²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 178-184, jul.-set. 1984.

⁴²⁹ “O direito à prova supõe a liberdade dos litigantes de utilizar os meios probatórios que estimem oportunos para lograr o convencimento do juiz acerca do discutido no processo, porém disto não se pode deduzir que este não deva dispor ex officio atividade probatória alguma. O reconhecimento do direito à prova – como destaca TARUFFO – não significa atribuir às partes o monopólio exclusivo em matéria probatória, pelo que não implica a eliminação de certa iniciativa autônoma do juiz. Ambas as iniciativas são absolutamente compatíveis, e só poderia ser contestada esta compatibilidade se a atuação ex officio se configurasse não como uma faculdade senão como um monopólio exclusivo sobre as provas, vale dizer, como um dever que impedisse ou limitasse a eventual iniciativa probatória das partes. (JUNOY, Joan Picó i. *O juiz e a prova*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2017. p. 99-100).

total responsabilidade dela⁴³⁰. Entendimento nesse sentido protelaria em demasiado o feito, limitando, ademais, os próprios poderes instrutórios do juiz⁴³¹.

Nesse sentido, Ruiz afirma que o que direciona a possibilidade de atuação de ofício do juiz para a requisição e produção de provas não é a natureza do direito – se disponível ou não – mas, sim, “a natureza pública do processo e a busca da verdade, a fim de proferir um julgamento de acordo com o Direito e, sobretudo, pautado na Justiça”, devendo, sempre, resguardar os princípios da ampla defesa e do contraditório na instrução processual⁴³².

No mesmo sentido, Ferreira defende que o exercício do dever-poder instrutório do juiz decorre “de uma preocupação com a eficiência da prestação jurisdicional, enquanto atribuição do Poder Público, o dever de colaboração das partes decorre da necessidade pública do resultado justo, devendo o processo ser visto como o “produto da atividade cooperativa”⁴³³.

Contudo, não se pode ignorar que a afirmação de que o juiz deverá atuar em conjunto com as partes para a produção probatória induz, em um primeiro momento, questionamentos acerca da imparcialidade judicial.

É que o juiz, especialmente nos processos em que versam sobre direito disponível, ao solicitar prova necessária à correta compreensão dos fatos, suprimindo a inércia perpetrada pela parte que competia requerer, pode aparentar certa imparcialidade na condução do feito e, portanto, benefício para a parte que vier a se consagrar vencedora ao final da instrução probatória.

⁴³⁰ “Em síntese: não se deve restringir a atividade instrutória oficial em função da natureza da relação jurídica controvertida. Além de não haver qualquer dispositivo que autoriza tal conclusão, o objetivo buscado pela função jurisdicional justifica plenamente a ‘ativização da conduta do magistrado’.” ((BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 149)

⁴³¹ “(...) Com efeito, o juiz, em qualquer caso, não deve necessariamente esperar que se esgotem todas as oportunidades concedidas aos litigantes para que subministrem as provas de suas respectivas alegações; nem está ele impedido de atuar se as partes se omitirem. Do contrário, dificilmente poderia formar a sua convicção sobre a existência ou não dos fatos da causa. Por conseguinte, cabe ao juiz, como um dos sujeitos interessados no resultado justo do processo, investigar os fatos da causa, juntamente com as partes, para que possa esclarecer suas próprias dúvidas e, do mesmo passo, dar razão a quem efetivamente a tem (...) (Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, *Da iniciativa probatória*. p. 100-101)” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 27)

⁴³² RUIZ, Ivan Aparecido. A prova e os poderes instrutórios do juiz no processo civil moderno. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 298.

⁴³³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 250.

Todavia, conforme bem apresentado por Bedaque, defensor dos poderes instrutórios do juiz, a iniciativa probatória do juiz não compromete a imparcialidade, considerando que essa atividade se destina, pura e simplesmente, ao convencimento do julgador⁴³⁴.

Especialmente, porque em virtude da insuficiência de informações apresentadas ao juiz antes do exercício de seu poder instrutório, o magistrado sequer tem conhecimento acerca de qual parte será beneficiada com a prova que pretende produzir⁴³⁵.

Ao apresentar crítica a esse argumento – da imparcialidade – pela corrente que defende a limitação dos poderes instrutórios do juiz, Joan Picó i Junoy propõe, ainda, outro pensamento: a inatividade do juiz não representaria violação ao princípio da imparcialidade de outra forma? Isso, porque, se entendermos que a determinação de ofício, de produção de determinada prova poderá beneficiar uma das partes, a sua não produção, quando há a possibilidade, também representará benefício da outra parte⁴³⁶.

Vale ressaltar, ademais, que os poderes investigativos e de julgamento do magistrado são diferentes, de forma que o exercício de um, ainda que possa resultar em benefício de uma das partes, não poderá ser interpretado como imparcialidade no exercício do poder final – de julgamento, conforme esclarecido por Chiovenda⁴³⁷.

⁴³⁴ “Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 24)

⁴³⁵ “De outro lado, o argumento de que a determinação da produção de prova, de ofício, fere o princípio da imparcialidade, pois o Juiz estaria advogando para a parte, suprimindo a omissão desta, a nosso ver, parece equivocado. (...) Aliás, é bom que se diga que a prova, a ser produzida, tanto pode vir em benefício do autor quanto do réu. É simples. Se na hipótese de determinar a prova de ofício, estaria o Juiz beneficiando o réu, a sua inércia, a sua omissão, por acaso, não iria beneficiar a outra parte, no caso, o autor?” (RUIZ, Ivan Aparecido. A prova e os poderes instrutórios do juiz no processo civil moderno. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 299).

⁴³⁶ “Não se coloca a favor ou contra uma das partes, infringindo desta maneira seu dever de imparcialidade, pois antes da prática da prova não sabe a quem pode beneficiar ou prejudicar, senão que seu único objetivo é poder cumprir eficazmente a função de tutela judicial que a Constituição lhe assigna.” (JUNOY, Joan Picó i. *O juiz e a prova*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2017. p. 104).

⁴³⁷ “A necessidade de separar as funções de investigar e julgar, a fim de garantir a imparcialidade do julgador, já foi destacada por Chiovenda, afirmando que ‘las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes’.” (JUNOY, Joan Picó i. *O juiz e a prova*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2017. p. 104).

Por fim, é relevante esclarecer que, assim como ocorre para as partes do processo, também o magistrado sofre limitações ao seu dever-poder instrutório. É evidente, no entanto, que a limitação é de natureza diversa daquelas.

Quanto às limitações objetivas, vale destacar que o dever-poder instrutório do juiz não poderá abarcar aqueles temas e fatos não submetidos ao contraditório, ou seja, o magistrado apenas poderá debater sobre questões discutidas no processo e que restaram incontroversas, razão pela qual precisam ser aclaradas por meio das provas. Assim também ocorre em relação às limitações legais a certos tipos de provas, como no caso dos artigos 444 e 445 do CPC/2015, que também incidem, por óbvio, ao magistrado.

Por outro lado, em relação à limitação temporal, diferentemente do que ocorre para as partes do processo, não se aplica ao juiz a preclusão, podendo, assim, ser determinada a produção de determinada prova que entende pertinente e necessária a solução do feito a qualquer tempo.

Como demonstrado, portanto, seja para observância do princípio dos deveres-poderes instrutórios do juiz, seja como forma de garantir a observância aos motivos balizadores do CPC/2015, a ampliação dos poderes instrutórios permite ao magistrado a aplicação, independente de requerimento expresso da parte, a modificação do ônus da prova, a fim de se garantir a solução justa e efetiva da lide⁴³⁸.

6.4 O momento da distribuição

Como exposto no capítulo anterior, a distribuição do ônus da prova no sistema processual civil brasileiro surgiu como forma de garantir um processo justo, cooperativo e com observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LV, CF)⁴³⁹.

Considerando esses objetivos que estão expressamente mencionados na exposição de motivos do CPC/2015, parte majoritária da doutrina defende a aplicação

⁴³⁸ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

⁴³⁹ CF: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).

da dinamização do ônus da prova em momento anterior à sentença, mais precisamente, na decisão saneadora, conforme disposição expressa do artigo 357, III, do CPC/2015.⁴⁴⁰

Aliás, considerando o objetivo pretendido com a dinamização do ônus da prova, qual seja, a de garantir a solidariedade e boa-fé processuais⁴⁴¹, com a correta instrução do feito para atingimento de uma decisão de mérito proferida após exaustiva dilação probatória, não poderia ser essa medida adotada apenas ao final do processo.

Cambi, em trabalhos distintos, defendeu que a decisão acerca da distribuição do ônus da prova, seja de forma estática ou dinâmica, deverá ocorrer antes do início da “fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência preliminar (CPC/1973, art. 333) ou da decisão saneadora, pelo novo Código de Processo Civil (art. 357, III)”⁴⁴², a fim de se garantir o contraditório e a segurança jurídica às partes⁴⁴³.

Dinamarco, analisando o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova em conjunto com os princípios norteadores do CPC/2015, afirma que o momento da decisão acerca da dinamização está positivado no novo diploma processual, devendo ser, portanto, na decisão saneadora – seja a obtida de forma singular pelo magistrado, ou compartilhada com as partes em audiência designada para tanto⁴⁴⁴. É esse também o entendimento de Lopes⁴⁴⁵ e Nery⁴⁴⁶.

No mesmo sentido, Ferreira defende que a decisão a respeito da dinamização do ônus da prova deverá ser proferida em momento oportuno que assegure à parte o direito de se desincumbir do ônus que lhe foi imposto, bem como recorrer da decisão que dinamizar.

⁴⁴⁰ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...)

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (...)

⁴⁴¹ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

⁴⁴² CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

⁴⁴³ DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

⁴⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 89.

⁴⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts 318 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. v. 2, p. 259.

⁴⁴⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2023. *E-book*.

No entanto, afirma que é possível, a depender do caso concreto, que essa decisão seja proferida mesmo após o saneamento do feito – independente da disposição contida no artigo 357, III, do CPC –, desde que ocorra por decisão fundamentada.

Isso, porque, segundo o doutrinador “será durante a fase de instrução que muito provavelmente se evidenciarão os requisitos para distribuição, serão apontadas as condições e até a falta de colaboração (centro nevrálgico da distribuição dinâmica).”⁴⁴⁷

Admitir entendimento diverso representaria violação a princípios fundamentais como da ampla defesa e da segurança jurídica, surpreendendo os litigantes com sucumbências não calculadas e previstas anteriormente.

Justamente por isso, muitos doutrinadores afirmam pela impossibilidade de dinamização do ônus da prova apenas na sentença, visto que caracterizaria *infração* “à garantia constitucional do contraditório e ao disposto nos arts. 9 e 10º do próprio Código de Processo Civil”⁴⁴⁸.

Esse é o entendimento de Theodoro Júnior que afirma que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser corretamente aplicada, com a observância e a garantia do contraditório e da ampla defesa⁴⁴⁹.

Para Didier Jr., BRAGA e Oliveira, a inversão ou dinamização do ônus da prova na sentença não se mostra possível, tendo em vista que representaria uma situação peculiar, com a atribuição de um encargo para a parte e, simultaneamente, a negativa para que pudesse se desincumbir de tal ônus⁴⁵⁰.

Há, contudo, uma situação na qual a distribuição dinâmica incidirá como regra de julgamento, quando, apesar de ter sido realizada e em que pese os esforços, o fato probando não tiver sido esclarecendo, subsistindo, assim a dúvida do julgador. Neste

⁴⁴⁷ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1010.

⁴⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019. v. III, p. 89.

⁴⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 893.

⁴⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 125.

caso, como colocado por Ferreira, a distribuição dinâmica “será empregada como regra de julgamento”⁴⁵¹.

Conclui-se, portanto, que, em regra, e a fim de observar os princípios constitucionais do processual civil, a decisão acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova deverá ocorrer em contemporaneamente ao despacho saneador, sendo, como exceção, possível a sua aplicação como regra de julgamento, quando ausente o convencimento do magistrado.

6.5 Regras do ônus da prova, inversão e dinamização

Analisados os requisitos da distribuição dinâmica do ônus da prova, convém tecer comparação acerca de elementos, requisitos e, especialmente técnicas, que o diferenciam da aplicação da regra geral prevista no artigo 373 do CPC e da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, VIII, do CDC.

A aplicação do ônus da prova, como já exposto no capítulo 4, é uma regra de julgamento, predefinida, que apenas será aplicada, por ocasião do julgamento da ação, quando não ocorrer o convencimento do magistrado, pelas provas produzidas nos autos, acerca das alegações de fato apresentadas pelas partes no processo⁴⁵².

Para Dinamarco, Didier Jr., Ferreira e tantos outros doutrinadores, a regra do ônus da prova, como regra de julgamento, apenas será aplicado para evitar o *non liquet*, uma vez que quando convencido dos fatos, não haverá razão para o magistrado analisar quem produziu melhor prova, mas sim, julgar a demanda.

Os institutos que disciplinam a modificação do ônus da prova – inversão e distribuição dinâmica –, contudo, são regras de instrução (procedimento), tendo como função orientar a conduta das partes na instrução probatória e, por isso mesmo, são aplicados, preferencialmente, em momento anterior ao encerramento da fase probatória⁴⁵³.

⁴⁵¹ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1009.

⁴⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2, p. 123.

⁴⁵³ LOPES, João Batista. In BUENO, Cássio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2017. p. 259.

O instituto da inversão do ônus da prova, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1990, em um contexto de Estado Social com o objetivo garantir, sempre que possível, tratamento semelhante e igualitário – tratando de forma desigual os desiguais –, está expressamente previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, diploma direcionado às relações de consumo.

Referido instituto tem, então, por óbvio, como pilar de aplicação, a relação de consumo que, por sua vez, apresenta como características: a hipossuficiência do consumidor – presumida nesta relação – ou a verossimilhança das alegações, critérios objetivos, portanto e que, para a parcela majoritária da doutrina, devem ser analisados de forma cumulativa⁴⁵⁴.

A dinamização do ônus da prova, por outro lado, tem origem em teorias construídas ao longo de anos, que foram formadas após a verificação, na prática, da insuficiência da distribuição estática para diversas causas estranhas a relação de consumo. No âmbito nacional, foi incorporada ao ordenamento jurídica brasileiro como um dos instrumentos de um processo civil justo, cooperativo e eficiente.

Justamente por essa perspectiva, a dinamização, diferentemente da inversão, tem aplicação em causas de naturezas variadas, não se restringindo aos casos consumeristas, os quais estão sujeitos à regra prevista no CDC⁴⁵⁵.

Outra diferença entre os institutos está relacionada à abrangência de sua aplicação.

É que a inversão do ônus da prova, ainda que represente uma flexibilização do ônus da prova, é considerada uma “via de mão única”, ou seja, apenas é possível a atribuição ao prestador ou fornecedor de serviço o ônus que inicialmente seria atribuído ao consumidor, e não vice-versa⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ “Sustenta-se, diante desse quadro, ser necessária a presença de ambos os pressupostos para realizar a inversão do ônus com base no CDC: verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. É equivocada a ideia de inverter-se o ônus da prova quando a alegação não for verossímil ou, sendo verossímil, não se constatar a hipossuficiência do consumidor quanto à produção da prova.” (BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016).

⁴⁵⁵ “A distribuição dinâmica do ônus da prova do Código de Processo Civil estatui uma regra universal aplicável a qualquer relação jurídica sujeita às normas gerais de Direito Processual Civil. Por isso, o art. 373, § 1º, do CPC possui alcance amplo, atingindo inclusive os procedimentos inerentes à tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.” (DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018).

⁴⁵⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

O instituto da dinamização, contudo, por se manifestar em situações variadas e ter como fundamento critérios subjetivos, poderá ser aplicado tanto em relação ao autor quanto ao réu, seja de forma separada ou simultânea.

Ou seja, em relação ao instituto da dinamização, o magistrado estará diante de uma certa liberdade, não discricionariedade, para, analisando os requisitos necessários, verificar se é viável ou não a distribuição dinâmica do ônus da prova⁴⁵⁷.

Há, ainda, a possibilidade de revisão da dinamização no curso da ação, ou em sede recursal, sempre que as alterações de fato que justificaram a dinamização inicial se alterarem, devendo, em qualquer cenário, ser a decisão devidamente fundamentada.

Essa revisão posterior no contexto da inversão do ônus da prova não seria possível, considerando que a sua aplicação tem fundamento em critérios objetivos e a natureza da relação das partes, elementos estáveis ao longo do tramite processual.

Acrescente-se, por fim, que a inversão do ônus da prova aplicada nas relações de consumo engloba o conjunto global das provas. Ou seja, no contexto do CDC, não há qualquer identificação do fato cujo ônus é invertido, incidindo essa alteração probatória sobre todo o conjunto dos autos⁴⁵⁸.

Na dinamização, por sua vez, os fatos probandos poderão – deverão – ser individualizados, incidindo a dinamização apenas em relação àqueles que apresentam os requisitos justificadores da aplicação do referido instituto.

As diferenças entre os institutos são significativas e a sua aplicação de extrema relevância para o processo e, principalmente, para as partes. Justamente por isso, Dinamarco⁴⁵⁹ afirma que, independentemente da denominação atribuída, é necessário analisar com cautela as consequências da modificação do ônus da prova, cabendo ao magistrado, munido de seu poder instrutório, analisar a viabilidade ou não da adoção do instituto da modificação do ônus da prova.

⁴⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015. p. 891.

⁴⁵⁸ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016.

⁴⁵⁹ “A parte contrária recebe, isso sim, o ônus de provar sua própria alegação – ou seja, se provar a negativa do fato presumido ou os fatos integrantes de uma versão colidente com os fatos presumidos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III, p. 83).

6.6 A distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de alimentos

Seguindo a linha do já exposto nos capítulos anteriores, no âmbito do Direito de Família, inobstante a disposição do artigo 2º da Lei de Alimentos, a positividade do instituto da dinamização do ônus da prova no CPC/2015 incrementou os debates e a aplicação do instituto, em especial, e para o que importa a este trabalho, nas demandas alimentícias.

É que, como colocado no capítulo 5.2.7, antes mesmo da positividade do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro, doutrinadores – e mesmo tribunais – já defendiam a aplicação do instituto presente nos sistemas processuais estrangeiros nas ações alimentícias.

E, com a previsão expressa dos pressupostos materiais para a dinamização do ônus da prova no CPC/2015, ficou mais evidente a adequação desse instituto para as demandas de alimentos. Vejamos.

Como colocado no capítulo 5.2, a demonstração das possibilidades do alimentante pelo autor da ação alimentícia é prova que se enquadra nos conceitos de prova diabólica, considerando a extrema dificuldade – ou mesmo impossibilidade – na sua produção.

Isso, pois, a prova das possibilidades está relacionada a informações financeiras dos requeridos, as quais são protegidas pelo sigilo bancário e fiscal sendo, portanto, inacessíveis ao alimentando, conforme já exposto no capítulo 5.2.

A respeito desse tema, Tartuce afirma que a aplicação pura e simples do dispositivo legal acaba limitando o direito ao acesso à justiça, visto que o hipossuficiente não conseguirá se desincumbir do ônus de provar, não por opção, mas por dificuldades e impossibilidades na realização da prova⁴⁶⁰.

A inacessibilidade à prova está conectada ao segundo pressuposto material que permite a dinamização do ônus da prova, qual seja, a maior facilidade pela parte contrária para produzir a prova.

⁴⁶⁰ “Quando no processo atua um litigante vulnerável, ele pode acabar não produzindo a prova em razão de suas dificuldades pessoais. Nesse caso, não descumpra o ônus por opção, mas os óbices aos quais não deu causa, não decorrendo sua inércia de um ato livre, mas de circunstâncias inevitáveis. Nesse cenário, distribuir os encargos de provar a partir dos critérios clássicos não colabora para que se descubra a verdade e se alcance um resultado justo, inviabilizando o acesso da parte à justiça.” (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 114).

Ou seja, em se tratando de demanda alimentícia, na qual a prova das possibilidades do alimentante se enquadra como prova diabólica unilateral, é perfeitamente possível a modificação do ônus da prova, a fim de se atingir a solução justa e efetiva.

Nesse sentido, Cambi, defensor da aplicação da dinamização do ônus da prova, afirma que as ações de alimentos apresentam peculiaridades que impõe a modificação do encargo probatório, considerando o direito material envolvido e o bem jurídico tutelado.

Isso, porque nas demandas alimentícias há evidente hipossuficiência do alimentando, principalmente quando menor, o que implica nas diferenças significativas nas condições entre os litigantes a justificar a modificação do ônus da prova.

Para referido jurista, a dinamização, nesses casos, representaria um dever do magistrado e não mera faculdade, a fim de se garantir a efetividade da medida pleiteada⁴⁶¹.

Seguindo o mesmo entendimento, Silva, ao analisar o projeto do novo código, critica a disposição do então artigo 380, § 1º do Projeto do Novo CPC, atual 373, § 1º, afirmando que, diante do caso concreto, como nas ações de alimentos, a dinamização não poderia ficar a critério do magistrado, implicando, sim, em um dever de adoção pela modificação do ônus da prova em todas as demandas⁴⁶².

Esse dever decorreria da relevância do direito envolvido, da vulnerabilidade do autor/alimentando e da situação fática das partes, que, muitas vezes, não tem qualquer contato ou informação relevante para a instrução do feito⁴⁶³.

Além desses pontos, a dinamização do ônus da prova nas ações de alimentos observaria o princípio da isonomia, garantindo, assim, um processo mais equilibrado, com paridade de armas, permitindo ao magistrado ter amplo acesso às

⁴⁶¹ “Se no conjunto fático dos autos estiverem caracterizados os requisitos desse art. 373, §1º, do CPC e, por outro lado, ausentes os do art. 373, §1º, do CPC, é dever (e não mera faculdade) do juiz aplicar a dinamização do ônus da prova.” (SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. *Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017).

⁴⁶² SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014.

⁴⁶³ SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. *Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

provas necessárias para a regular instrução do feito e fixação da prestação alimentícia⁴⁶⁴.

No mesmo sentido, Tartuce, baseada nas disposições apresentadas por Caetano Lagrasta Neto, afirma que a distribuição dinâmica do ônus da prova no contexto das ações de direito de família, dentre elas as ações de alimentos, se justifica pela “hipossuficiência econômica ou técnica de algum dos litigantes com vistas a concretizar a isonomia entre eles”⁴⁶⁵.

Esse também é o entendimento exposto por Dias que afirma que as ações de alimentos demandam atuação efetiva do magistrado, especialmente para a instrução probatória, essencial ao justo e efetivo deslinde da ação, o que justificaria a dinamização do ônus da prova em todas as demandas dessa natureza.

Justamente em decorrência da maior atuação do magistrado nas ações de Direito de família, para obtenção de uma solução efetiva dos temas postos para julgamento⁴⁶⁶, há quem defenda que o juiz poderia determinar a modificação do ônus da prova, independente de requerimento da parte e a qualquer tempo.

Tartuce⁴⁶⁷ e Lagrasta Neto⁴⁶⁸, são precursores desse entendimento, afirmando que em virtude das peculiaridades do caso envolvido e da urgência na solução da lide (conforme positivado na LA), é possível flexibilizar o momento da dinamização, alterando o ônus de ofício e sem qualquer manifestação das partes.

⁴⁶⁴ “Isso torna o processo mais igualitário, quando o alimentando é parte vulnerável ou hipossuficiente e possui dificuldades maiores em se desincumbir do ônus da prova do fato constitutivo do seu direito.” (SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017).

⁴⁶⁵ TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 117.

⁴⁶⁶ “Ao se admitir que a regra do ônus da prova vincula a formação do convencimento judicial, torna-se mais fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou modificar o ônus probatório na sentença ou mesmo modificá-lo na audiência preliminar.” (SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014).

⁴⁶⁷ TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 117-118.

⁴⁶⁸ “(...) enfatiza a possibilidade da aplicação do princípio ao Direito de Família, diante da peculiaridade da prova e a feição intervencionista do juiz de família. Em qualquer hipótese, permitida a intervenção ao alargar e mitigar padrões processuais, que o não seja pela feição intervencionista, que o faça pela disponibilidade de um dos contendores em obter ou possuir a prova, como acima e mais adiante será esmiuçado por acórdãos emblemáticos.” (LAGRASTA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 98)

Tartuce ressalva, contudo, que a decisão que dinamizar o ônus da prova deverá ser fundamentada, com a exposição dos motivos que conduziram a referida alteração, de forma a garantir as partes o acesso ao duplo grau de jurisdição, caso assim decidam⁴⁶⁹.

Diante de todo o exposto nos capítulos anteriores, é evidente que as ações de alimentos, de uma forma geral, apresentam os pressupostos materiais necessários para a dinamização do ônus da prova: impossibilidade de obtenção de prova por uma parte e, em contrapartida, maior facilidade de obtenção pela outra.

Acrescente-se, ainda, que as relações de alimentos estão pautadas, em sua maioria, em relações não equânimes, o que motiva a atuação mais efetiva do magistrado, especialmente na fase probatória.

Refletindo esses pontos e entendimentos doutrinários, os tribunais brasileiros, desde a entrada em vigor do CPC/2015, ampliaram a aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova nas demandas alimentícias, atribuindo ao alimentante o ônus da prova em relação às suas possibilidades, considerando ser ele o detentor dos elementos para se desincumbir do referido ônus⁴⁷⁰.

O TJRS, sempre pioneiro e protetor do Direito de Família, que já havia, antes mesmo da entrada do CPC/2015, adotado posicionamento consolidado para a dinamização do ônus da prova nas ações de alimentos, tem emitido decisões que ignoram, por completo, a disposição contida na parte final do caput do artigo 2º da Lei de Alimentos e no caput do artigo 373 do CPC, defendendo, desde o início, a atribuição de ônus diferenciado da prova. Vejamos alguns desses julgados:

No caso, não comprovado pelo demandado a impossibilidade financeira, ônus que lhe incumbia, conforme a Conclusão 37 editada pelo Centro de Estudos deste Tribunal de Justiça, e presumidas as necessidades do menor, deve ser mantida a pensão alimentícia fixada na sentença.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ “Por outro lado, cuidados processuais devem cercar a aplicação da teoria; felizmente, eles foram previstos pelo legislador. É necessário haver decisão fundamentada sobre a distribuição do ônus com indicação de motivos concretos e precisos para que ela se opere: só assim será cumprida a exigência constitucional da fundamentação e se possibilitará que a pessoa incumbida de provar possa questionar esse dever em grau recursal. Temos, assim, uma regra de procedimento, e não apenas de julgamento, que observa o respeito ao contraditório e à ampla defesa.” (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022. p. 117-118).

⁴⁷⁰ “Agravado de instrumento. Ação de alimentos. Ônus do réu de demonstrar a sua remuneração mensal, com a observação da incidência das regras de ônus de prova art. 373 CPC. Decisão mantida. Agravo desprovido.” (TJSP. AI nº 2129579-35.2021.8.26.0000. 4ª Câmara. Dir. Priv. Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda).

⁴⁷¹ TJRS. Apelação Cível nº 0202943-06.2017.8.21.7000. 7ª Câmara. Cível. Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. j. 26.7.2017.

Assim, considerando o entendimento consolidado deste Tribunal, no sentido que é do réu o ônus da prova acerca de sua possibilidade contributiva (Conclusão 37 do Centro de Estudos do TJRS), e, como referido, prova alguma produziu ele no sentido de que não tem condições financeiras para pagar o valor pleiteado, e em face das necessidades presumidas das beneficiárias, a pensão deve ser fixada naquele montante.⁴⁷²

Em se tratando de ação de alimentos, o ônus da prova acerca da impossibilidade de suportar a verba alimentar fixada em sentença é do alimentante (Conclusão nº. 37 do Centro de estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

No caso, não tendo o alimentante comprovado a extensão de seus rendimentos, não há como presumir que não possa alcançar a sua filha o valor dos alimentos fixados em sentença – 20% do salário mínimo –, mesmo porque não se trata de verba excessiva a auxiliar no sustento de uma criança de 10 anos de idade.⁴⁷³

CASO EM QUE A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE NÃO ESTÁ DEMONSTRADA EFETIVAMENTE NOS AUTOS, NÃO HAVENDO ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SEGUROS A AUTORIZAR A PRETENDIDA REDUÇÃO DO PENSIONAMENTO. NÃO COMPROVADO CABALMENTE O DESEQUILÍBRIO DO BINÔMIO ALIMENTAR, ÔNUS QUE INCUMBIA AO ALIMENTANTE, SEGUNDO CONCLUSÃO 37 DO CETJRS, A DECISÃO DEVE SER MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.⁴⁷⁴

Esses são apenas alguns dos mais de 20 julgados localizados sobre o tema existentes no setor de pesquisa do *site* do TJRS, considerando o período entre a vigência do CPC/2015 e a elaboração do presente trabalho⁴⁷⁵.

Vale destacar, contudo, que todos esses julgamentos têm ocorrido por aplicação analógica do dispositivo legal do CPC/2015 (artigo 373, § 1º), visto que não ocorreram alterações na Lei de Alimentos acerca do ônus da prova e, como já exposto, há uma preocupação sincera e genuína para, em ações de alimentos, garantir a paridade de armas e retirar da parte hipossuficiente o ônus que poderia, inclusive, obstaculizar a efetivação de seu direito material⁴⁷⁶.

⁴⁷² TJRS. Apelação Cível nº 0083715-66.2019.8.21.7000. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. J. 16. 5. 2019.

⁴⁷³ TJRS. Apelação Cível nº 0047023-34.2020.8.21.7000. 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Rui Portanova. J. 26.11.2020.

⁴⁷⁴ TJRS. Agravo de Instrumento nº 5093862-61.2022.8.21.7000. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Vera Lúcia Deboni. J. 20.6.2022.

⁴⁷⁵ Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Pesquisa realizada em: 3 jun. 2023.

⁴⁷⁶ “Com efeito, a inversão do ônus da prova não deve limitar-se somente às hipóteses expressamente previstas em lei, como as relações de consumo, mas também a todos os outros casos onde se verificar necessidade de igualar as partes, para que uma não tenha um ônus maior do que a outra ao ponto de obstaculizar a efetivação do direito material.” (SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017).

Convém mencionar, ainda, que independente da modificação do ônus da prova por meio de decisão judicial ou, se o no futuro, por disposição expressa vinculada ao tema da ação de alimentos, essa modificação se refere ao ônus do alimentante provar as suas possibilidades, não se limitando à prova, pelo requerido, da impossibilidade no custeio dos alimentos nos patamares pleiteados pelo alimentando.

Em outras palavras, a modificação do ônus probatório, em relação às possibilidades, compreende que o réu tem a obrigação de provar os seus rendimentos – fixos ou variáveis – e a sua condição econômico-financeira e condição social, a fim de viabilizar a fixação de prestação alimentícia em observância aos três critérios (trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade).

Entendimento de forma diversa esvaziaria por completo o instituto, visto que, na realidade, estaria mantendo o ônus probatório do requerido provar o fato modificativo do direito do alimentante.

Vale ressaltar que o presente trabalho entende pela possibilidade de dinamização do ônus da prova das possibilidades do alimentante tanto em demandas movidas por menores, quanto por maiores, ex-cônjuges, ex-companheiros e idosos, visto que o critério para a referida modificação é a impossibilidade de produção da prova e, não apenas, a hipossuficiência da parte.

Aplicando entendimento semelhante, pode-se concluir, também, pela dinamização da prova nas ações revisionais e exoneratórias de alimentos, nas quais a prova da necessidade do alimentando ou da alteração da situação fática do credor de alimentos é, na mesma medida, impossível ao alimentante.

Nessas ações, então, caberia ao alimentante, a prova da sua alteração econômico-financeira, sendo atribuído, por outro lado, a prova das necessidades ao alimentando.

Conclui-se, portanto, que, apesar de não constar como regra positivada, em ações de alimentos o ônus da prova pode (e, a bem da verdade, deve) ser aplicado de forma dinâmica, cabendo ao credor de alimentos (seja na qualidade de autor da ação, ou requerido, como em ações revisionais ou exoneratórias) a prova das suas necessidades e, ao devedor (sendo autor ou réu) a prova das suas reais possibilidades e da sua condição social.

6.7 Modificação do ônus da prova e a teoria da aparência

Apesar de toda a evolução apresentada pela positivação do instituto da dinamização do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, um óbice ainda existe para a completa e exauriente instrução probatória no âmbito das ações de alimentos: é o onerado pela produção da prova quem detém as informações acerca das possibilidades, podendo ou não as apresentar no processo.

Em outras palavras, considerando que o ônus, como trabalhado no capítulo 3 não implica, necessariamente em uma punição, mas, apenas, na assunção do risco de decisão desfavorável, a depender da realidade econômico-financeira dos envolvidos, o onerado na produção – das possibilidades ou das necessidades – poderá optar pela inércia.

Ramos, revendo os seus conceitos acerca do ônus da prova, questiona a respeito do real interesse da parte a qual é atribuída o ônus da prova após a dinamização em efetivamente contribuir com a instrução probatória. Para o referido jurista, seguindo a linha do interesse, seria mais interesse à parte onerada correr o risco de um resultado prejudicial do que efetivamente aportar provas que levassem a esse resultado⁴⁷⁷.

Mas, então, o que fazer para, diante da ausência de colaboração do alimentante, por exemplo, julgar a ação de forma efetiva e justa?

Em situações como essa, considerando a peculiaridade das ações de alimentos, doutrina e jurisprudência têm defendido a realização do julgamento com base nos sinais exteriores de riqueza do alimentante, o qual será extraído a partir dos elementos e provas apresentadas no processo.

Mas o que são os sinais exteriores de riqueza?

Os sinais exteriores de riqueza decorrem de construção doutrinária, muito antes da positivação do instituto da dinamização do ônus da prova, a partir da interpretação da teoria da aparência nas demandas alimentícias, considerando a dificuldade na obtenção, em especial, de provas relacionadas as possibilidades financeiras do alimentante.

⁴⁷⁷ RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, 7, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 247-262, nov. 2021.

A teoria da aparência tem origem no direito germânico, apresentando como principal objetivo a proteção do terceiro de boa-fé, conferindo efeitos jurídicos à uma situação inexistente⁴⁷⁸.

No âmbito do direito brasileiro, a teoria da aparência apareceu na vigência do Código Civil de 1916 e foi ganhando mais força com o passar dos anos, especialmente, pois, como colocado por Arnaldo Rizzardo, as relações sociais são fundadas na confiança, na boa-fé e, inevitavelmente, naquilo que as pessoas demonstram e aparentam⁴⁷⁹.

No âmbito das demandas alimentícias, a teoria da aparência vem sendo empregada há anos, especialmente nas situações nas quais o alimentante é profissional liberal, autônomo ou desempregado, no entanto, sustenta perante a sociedade posição econômica diversa do constante em documentos financeiros e bancários.

Para Farias⁴⁸⁰ a teoria da aparência é um mecanismo de concretização da primazia da realidade, que deverá ser utilizado para fixação dos alimentos sempre que existir extrema dificuldade, ou ausência de colaboração da parte onerada, para obtenção de informações acerca da capacidade contributiva do devedor.

Recomenda-se a utilização da teoria da aparência também em situações nas quais, apesar de apresentada as provas de sua condição financeira, for verificado um desajuste, uma incompatibilidade entre as finanças apresentadas e o exteriorizado.

Madaleno, analisando o tema da fraude nas ações de famílias e sucessões, defende a aplicação da teoria da aparência nas demandas de alimentos, especialmente quando se pretende provar rendimentos de alimentante que é autônomo ou está supostamente desempregado.

⁴⁷⁸ CHAGAS, Yasmin Wolney Póvoa. CORREIA, Italo Schelive. A prova em alimentos: a aplicação da teoria da aparência baseada em provas obtidas através das redes sociais digitais. *Revista Mundi Sociais e Humanidades*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 1-19, 2021.

⁴⁷⁹ “As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as consequências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos”. (SOUZA, Gelson Amaro. Teoria da aparência e fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 268-277, out.-dez. 2003).

⁴⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. A utilização das redes sociais como prova da capacidade contributiva do devedor e da necessidade do credor nas ações de alimentos: vencendo uma prova infernal. In: SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.). *Direito das famílias e sucessões na era digital*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. p. 369.

Segundo o referido jurista, considerando que é praticamente impossível provar com exatidão os ingressos financeiros de profissional não empregado ou funcionário público e em virtude do incremento na criação e adoção de estruturas societárias para desvio e ocultação de patrimônio e renda, a forma viável para obtenção dessas informações é a convicção judicial por meio da capitação de elementos que apontem os indícios ou presunções da riqueza exteriorizada pelo alimentante⁴⁸¹.

Diante da recorrência dessas situações, o Conselho da Justiça Federal, em debates realizados na VI Jornada de Direito Civil, consolidou o enunciado 573, que autoriza a utilização dos sinais exteriores de riqueza para fins de apuração das reais possibilidades do alimentante⁴⁸².

A justificativa apresentada para a elaboração do referido enunciado está em consonância com as manifestações de DE FARIAS e MADALENO, tendo em vista a utilização de meios para a blindagem patrimonial que, em muitos casos, impedem a aferição correta das possibilidades do alimentante.

Diante disso, defendem a relativização, pelo magistrado, a prova concreta das possibilidades do alimentante, devendo, pois, utilizar-se de provas obtidas pelas redes sociais, grupos de amigos, clubes, entre outros, que demonstrem a efetiva condição social do alimentante⁴⁸³.

⁴⁸¹ “Portanto, o acesso de convencimento judicial da capacidade alimentaria acaba buscando parâmetros no cabedal de bens do alimentante, mais apropriadamente nos indícios e nas presunções da riqueza por ele exteriorizada, tudo vinculado ao seu modo de viver e à atividade singular ou plural por ele profissionalmente desenvolvida.” (MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. Fraude no direito de família e sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2022. p. 739).

⁴⁸² CJF, Enunciado 573: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

⁴⁸³ “De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento do direito a alimentos está intrinsecamente relacionado com a prova do binômio necessidade e capacidade, conforme expresso no § 1º do art. 1.694 do Código Civil. Assim, está claro que, para a efetividade da aplicação do dispositivo em questão, é exigida a prova não só da necessidade do alimentado, mas também da capacidade financeira do alimentante. Contudo, diante das inúmeras estratégias existentes nos dias de hoje visando à blindagem patrimonial, torna-se cada vez mais difícil conferir efetividade ao art. 1.694, § 1º, pois muitas vezes é impossível a comprovação objetiva da capacidade financeira do alimentante. Por essa razão, à mingua de prova específica dos rendimentos reais do alimentante, deve o magistrado, quando da fixação dos alimentos, valer-se dos sinais aparentes de riqueza. Isso porque os sinais exteriorizados do modo de vida do alimentante denotam seu real poder aquisitivo, que é incompatível com a renda declarada. Com efeito, visando conferir efetividade à regra do binômio necessidade e capacidade, sugere-se que os alimentos sejam fixados com base em sinais exteriores de riqueza, por presunção induzida da experiência do juízo, mediante a observação do que ordinariamente acontece, nos termos do que autoriza o art. 335 do Código de Processo Civil, que é também compatível com a regra do livre convencimento, positivada no art. 131 do mesmo diploma processual.” (Justificativa do Enunciado 53 do CJF).

Elemento importante para a aplicação da teoria da aparência são as provas obtidas por meio eletrônico, em especial fotos e vídeos divulgados em redes sociais, as quais, cada vez mais utilizadas pela sociedade mundial, permitem “rastrear” e identificar os locais frequentados pela parte, conforme defendido por Farias⁴⁸⁴.

6.8 Limites à inversão

O tema da dinamização do ônus da prova demanda, ainda, análise a respeito dos limites impostos para a aplicação da distribuição dinâmica. E aqui, vale esclarecer que não são apenas os limites expressamente previstos no artigo 373, § 2º do CPC, mas sim decorrentes de todo o sistema processual civil brasileiro.

A respeito da compatibilização do sistema do ônus da prova com os princípios constitucionais do processo civil brasileiro, vale retomar o quanto mencionado no capítulo 4.7 relativo à prova diabólica.

Isso, porque, como defendido por Ferreira, a prova diabólica não é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando que impossibilita o exercício deles pela parte que tem o encargo diabólico. Admitir que por meio da dinamização do ônus da prova o magistrado estaria autorizado a criar a prova diabólica, representaria, assim, afronta direta aos referidos dispositivos, sendo, inclusive, vedado pelo artigo 373, § 2º, do CPC⁴⁸⁵.

Na mesma linha, CARVALHO afirma que o surgimento da *prova diabólica reversa* é tido como o limite material para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois, se a utilização do referido instituto tinha como objetivo o atingimento da isonomia das partes e obtenção da paridade de armas entre os litigantes, inverter o ônus da prova diabólica feriria frontalmente referido objetivo⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. A utilização das redes sociais como prova da capacidade contributiva do devedor e da necessidade do credor nas ações de alimentos: vencendo uma prova infernal. In: SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.). *Direito das famílias e sucessões na era digital*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. p. 369.

⁴⁸⁵ In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1013.

⁴⁸⁶ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

Esse também é o entendimento afirmado por BESSA e LEITE que, analisando os institutos da inversão e da distribuição dinâmica, apontam a prova diabólica reversa como óbice para aplicação dos dois institutos⁴⁸⁷.

Referidos juristas, em conjunto com Carvalho e Cambi, alertam ainda que o instituto da dinamização do ônus da prova não pode ser utilizado para suprir a inércia do litigante que tinha o ônus original, mas, apenas e tão somente, para a produção da prova caso esse, adotando as diligências do homem médio, não tenha logrado êxito ou seja impossível que o atinja⁴⁸⁸.

Em outras palavras, a dinamização do ônus da prova tem de ser aplicada quando presentes os requisitos indicados no artigo 373, § 1º, do CPC, não existir outro meio para obtenção da prova e regular instrução processual.

No âmbito das demandas familiaristas, contudo, os limites da modificação do ônus da prova têm sido vistos de forma diversa pelos doutrinadores e juristas da área.

Isso, porque há quem defenda que a distribuição do ônus da prova nas ações de alimentos deveria ser, como regra, instituída de forma diversa, atribuindo ao autor a prova de suas necessidades e ao réu a de suas possibilidades.

Ou seja, neste caso, diferentemente do colocado por Ferreira – que defende a utilização do instituto de forma moderada e quando não for possível a obtenção da prova por outro meio⁴⁸⁹ – a dinamização seria utilizada de forma ampla e sem, necessariamente, analisar as peculiaridades do caso concreto.

É evidente, contudo, que o tema da ação de alimentos é peculiar e apresenta – ainda que de forma global – as suas peculiaridades que justificam a adoção, por parte da doutrina, de entendimento para a modificação do ônus da prova de forma ampla.

Aliás, esse entendimento já vem sendo adotado de forma ampla pelo TJRS que apresenta jurisprudência consolidada no sentido de atribuir ao alimentante o ônus da prova de suas necessidades, sem verificação, no caso concreto, de eventuais limites à aplicação do referido instituto.

⁴⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016.

⁴⁸⁸ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCP. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

⁴⁸⁹ FERREIRA, William Santos. In: ARRUDAALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 1008.

Conclui-se, assim, que os limites materiais para a aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova estão expressamente previstos no artigo 373, § 2º, do CPC, o qual deverá ser analisado em conjunto com os princípios constitucionais que norteiam o sistema processual civil.

No entanto, no âmbito das ações de alimentos, ainda que presentes referidos limites e princípios constitucionais, há uma maior disponibilidade para a aplicação do instituto, devendo-se, sempre, analisar e sopesar os princípios e direitos fundamentais a serem resguardados.

7 CONCLUSÃO

No presente estudo foi trabalhado o tema do ônus da prova nas ações de alimentos, analisando, em especial, as dificuldades do tema e as alternativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro para superá-las a fim de garantir maior efetividade da prestação jurisdicional.

O objetivo era, a partir dos conceitos teóricos do tema, refletir a respeito da finalidade das ações de alimentos e suas peculiaridades que justificam proteção maior pelo ordenamento jurídico e maior liberdade de atuação do magistrado nas referidas demandas. Para isso se dedicou o capítulo primeiro.

Analisou-se, também, a subsistência da Lei de Alimentos que, apesar de promulgada há mais de 50 anos e com a revogação tácita de diversos dispositivos, ainda subsiste, dada a sua especificidade e adequação ao procedimento extremamente relevante e importante para a garantia da subsistência do credor de alimentos.

Em conjunto, analisamos os elementos históricos acerca da prova, considerado a espinha dorsal do direito processual, passando, então, ao estudo do tratamento dispendido pelo sistema processual civil brasileiro ao ônus da prova e suas consequências.

Ato contínuo, foi trabalhado o ônus da prova nas demandas alimentares e as suas problemáticas que, em muitos casos, acabam por impor óbice ao acesso à justiça.

Nesse tópico, demonstrou-se que a aplicação pura e simples da regra estática do ônus da prova nas demandas alimentares poderá representar uma restrição ao acesso à justiça e à ampla defesa do requerente que, em diversas situações – para não dizer a maioria –, se vê diante de ônus impossível de provar as possibilidades financeiras da parte requerida.

Justamente em decorrência dessas situações e reflexões, no capítulo 6, foi trabalhado o tema da modificação do ônus da prova, já adotado por diversos tribunais no regime do CPC/73 e, agora, positivado no artigo 373, § 1º, do CPC/2015.

Considerando as peculiaridades das demandas alimentares – garantir a vida digna do alimentando e tem como prova essencial informações e documentos particulares e sigilosos –, a modificação do ônus da prova nas ações de alimentos tem se encaminhado, ainda que de forma tímida, para uma aplicação automática.

Esse movimento está bem presente nos julgados do TJRS que, sendo pioneiro nos temas de direito de família, havia consolidado, antes mesmo do CPC/2015, a distribuição dinâmica do ônus da prova pela Conclusão 37.

Em outras palavras, o que se verificou, ao longo do presente trabalho, foi que para a efetividade das medidas alimentares, e considerando a especificidade dessas demandas, tem-se que a aplicação das disposições acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito das ações de alimentos não poderá ocorrer de forma tímida, devendo ser aplicada de forma mais ampla o possível.

É nessa linha que Dias, utilizando dos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que observar os princípios do direito constitucional é diretriz relevante na aplicação do direito, considerando que a violação a um princípio é mais grave do que o descumprimento de uma norma⁴⁹⁰.

Considerando essas disposições, e como demonstrado ao longo deste trabalho, tem-se que o instrumento adequado para se obter efetividade processual e solução justa decorre da correta instrução processual, a qual está diretamente relacionada à instrução probatória.

Tendo em vista a positivação, no CPC/2015, do instituto da dinamização do ônus da prova, que representou importante avanço para a garantia dos direitos dos jurisdicionados, em especial, no âmbito das ações de alimentos, bem como que as divergências existentes entre os litigantes nas ações de alimentos são expressivas—alimentando com extrema dificuldade para obtenção da prova essencial para o deslinde da ação⁴⁹¹ — a modificação do ônus da prova é medida essencial para observar os princípios norteadores do sistema processual civil brasileiro e garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Conclui-se, portanto, que, utilizando sempre de maneira devidamente fundamentada — ainda que com o contraditório diferido — a divisão dinâmica do ônus da prova nas ações alimentícias é medida que atende os princípios apresentados e

⁴⁹⁰ “(...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 58).

⁴⁹¹ “Assim, no mais das vezes, por evidente vulnerabilidade, a recusa nas ações de alimentos, a ser apreciada antes do encerramento da fase probatória, afeta a sobrevivência ou desenvolvimento do alimentando ou da prole, por fazer prevalecer o interesse da parte mais capacitada tecnicamente sobre o direito à dignidade dos credores.” (LAGRASTA NETO, Caetano. *Carga dinâmica da prova e direito de família — julgamentos emblemáticos* In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013. p. 99).

analisados neste trabalho, desde os norteadores do direito processual civil, até os relacionados ao direito material, além de garantir efetividade e solução justa para as demandas.

BIBLIOGRAFIA

AIRASCA, Ivania Maria. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. 1. ed. Santa Fé: Editora Rubinzal-Culzoni, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008.

ARRUDA ALVIM; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 304, p. 17-37, jun. 2020.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

BALEOTTI, Francisco Emilio. A distribuição do ônus da prova como problema de acesso à justiça. *Revista Internacional de Estudios de Derecho y Arbitraje*, n. 1, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 178-184, jul.-set. 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 76, p. 114-126, out.-dez. 1994

BARRA, Washington Epaminondas Medeiros. Alimentos entre cônjuges e ex-cônjuges. A intervenção do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, p. 111-119, jan. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Londrina: Ed. Thoth, 2020.

BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6. n. 3, p. 132-146, 2016.

BEZERRA JR., João Alberto Mendes. Aspectos relevantes do instituto da inversão do ônus da prova. *Revista Esmat*, Palmas, v. 2., n. 2, p. 83-110, 2010.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécies segundo o novo CPC*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo civil no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

BORGHI, Hélio. Alimentos: ainda uma questão controvertida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, p. 237-240, set. 1992.

BRAGA, Marigildo de Camargo. Ação de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 26, p. 32-54, abr.-jun. 1982.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts 318 a 538 – Parte especial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 57, 1962. p. 126. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios: uma obrigação por tempo certo*. 1. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José. Dos alimentos na união estável (Lei 8.971, de 29.12.94). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 78. p. 27-31, abr.-jun. 1995.

CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

CALVINHO, Gustavo. A favor de la carga de la prueba, *Estudios de Derecho*, v. 77, n. 170, p. 167-199, 2020.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do artigo 373, § 1º e 2º do NCP. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

CAMBI, Eduardo; HOFFMAN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, p. 59-100, nov. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. São Paulo: Ed. Pillares, 2016.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissa para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, p. 346-376, 2017.

CHAGAS, Yasmin Wolney Póvoa. CORREIA, Italo Schelive. A prova em alimentos: a aplicação da teoria da aparência baseada em provas obtidas através das redes sociais digitais. *Revista Mundi Sociais e Humanidades*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 1-19, 2021.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. Torino: UTET Giuridica, 2010.

CORREIA, Tércia Matias. *A prova no processo civil*. Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre a tutela do direito a alimentos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, p. 191-206, jan.-mar. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei de Alimentos e o que sobrou dela com o novo CPC* (Parte 1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-18/processo-familiar-lei-alimentos-sobrou-dela-cpc-parte>.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos aos bocados: direito, ação, eficácia, execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre alimentos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Instituto da separação: para que serve? A quem serve?* Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1832/Instituto+da+separa%C3%A7%C3%A3o%3A+para+que+serve%3F+A+quem+serve%3F>. Acesso em: 4 abr. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Ed. Malheiros. 2019. v. III.

DORI, Caroline Lavison; CAMBI, Eduardo. Distribuição dinâmica do ônus da prova (exegese do art. 373, § 1º, CPC/2015). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, p. 48-66, 2018.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 3. ed. Buenos Aires: Ed. Victor P. de Zavalía, 1974.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. São Paulo: Ed. Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A utilização das redes sociais como prova da capacidade contributiva do devedor e da necessidade do credor nas ações de alimentos: vencendo uma prova infernal. *In: SANCHES, Patrícia Corrêa (Coord.). Direito das famílias e sucessões na era digital*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Alimentos decorrentes do parentesco. *In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Eric Cesar Marques. Teoria geral das provas e o redimensionamento da cognição. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 4, p. 15-41, jul.-dez. 2016.

FERREIRA, William Santos. *In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, William Santos. Critérios objetivos para a máxima eficiência nos 6 (seis) momentos da prova: requerimento, deferimento ou determinação, produção, valoração, fundamentação e ônus da prova. *In: JOBIM, Marco Félix. PEREIRA, Rafael Caselli. Fundamentos objetivos e o novo processo civil brasileiro*. Londrina: Ed. Toth. 2021.

FERREIRA, William Santos. Levando a sério os conceitos de prova do fato, fato notório, indícios, presunções, máximas da experiência e ônus da prova nos casos envolvendo os impactos da pandemia de Covid-19. *In: MALFATTI, Alexandre David; GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; SHIMURA, Sérgio Seiji (Org.). Direito do consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*. 1. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021. v. 2, p. 711-738.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, William Santos; DAVID, Tiago Bitencourt de; FELGA, Caio Leão Câmara. Da prova do pagamento: a quitação como direito do devedor e não restrição probatória, ônus e meios, inclusive da prova exclusivamente testemunhal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, 2023.

GAVA FILHO, João Miguel; FAZANARO, Renato Vaquelli. Os novos ares da (a)tipicidade no processo civil: meios de prova e medidas executivas no CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1015, p. 213-239, maio 2020.

FITERMAN, Mauro. *Direito de família contemporâneo: temas controversos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2021.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado. 2010.

HASHIMOTO, Marcos Noburu. *Aplicabilidade da tutela provisória do novo Código de Processo Civil, no sistema de proteção às relações familiares*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

HERNANDES, Bruna Molina. *A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos princípios constitucionais*. Dissertação de (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

JUNOY, Joan Picó i. *O juiz e a prova*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2017.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUZ, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

LAGRASTA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova e direito de família – julgamentos emblemáticos In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Divórcio: o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/690/Div%C3%B3rcio+%26mdash%3B+O+Fim+da+Separa%C3%A7%C3%A3o+e+da+Culpa%3F>. Acesso em: 4 abr. 2023.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

LAZZARINI, Alexandre Alves. Alimentos*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 84, p. 258-263, out-dez. 1996.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: 12. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2022. v. 5. *E-book*.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 204, p. 231-342, fev. 2012.

LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 24-67, jul.-set. 1984.

LOPES, João Batista. Revisitação a alguns aspectos da teoria geral da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 309, p. 93-105, nov. 2020.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Ed. Castro Lopes, 2022.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rafael. *Fraude no direito de família e sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENÇO, Haroldo A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, p. 55-75, jan. 2017.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva. 1993.

MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2023. *E-book*.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Lei de Alimentos comentada (doutrina e jurisprudência)*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O objeto da prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2016. v. 2.

OTERO, Cleber Sanfelici; INÊS, Patricia de Paula Pereira. De descendentes para ascendentes: o direito das pessoas idosas a alimentos e a responsabilidade solidária dos familiares. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 11, n. 2, 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 121-156, nov. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Separação judicial: uma boa desculpa para se ressuscitar a discussão da culpa*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1200/Separa%C3%A7%C3%A3o+judicial%3A+uma+boa+desculpa+para+se+ressuscitar+a+discuss%C3%A3o+da+culpa>. Acesso em: 4 abr. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

PEYRANO, Jorge Walter. *El proceso atípico. Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1983. v. 2.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

POLI, Leonardo Macedo. Uma proposta de releitura do “princípio” da solidariedade na prestação de alimentos. *Crise econômica e Soluções Jurídicas*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 14.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito de família*. 1. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2001.

RAMOS, Ana Cláudia. *A natureza jurídica da estabilização da tutela antecipada antecedente*. Trabalho (Conclusão de curso de graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2019.

RAMOS, Victor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 247-262, nov. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 9. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 248, p. 43-67, out. 2015.

RIBEIRO, Caroline Alves. Alimentos decorrentes do poder familiar à luz do processo civil de 1973 e legislação especial. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 90, p. 149-171, jun. 2018.

RODRIGUES, Álvaro José do Amaral Ferraz. *O ônus da prova na fraude à execução de bem sujeito a registro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 41-58, fev. 2015.

RODRIGUES, Silvio. Alimentos. *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 5.

ROSENBERG, Leo. *Carga de la prueba*. Santiago: Editora Olejnik, 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido. A prova e os poderes instrutórios do juiz no processo civil moderno. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013.

SÁ, Rodolfo Seabra Alvim Bustamante. *Negócios jurídicos processuais no modelo constitucional do processo civil e a atuação do estado-juiz na fase de instrução*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

SANTOS, Clilton Guimarães. *Tutela jurisdicional ao direito a alimentos*. Efetividade do processo e execução da prestação alimentar. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2011. v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad. 1970.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2021.

SGARIONI, Clarissa Lopes Alende; CAMBI, Eduardo. Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 81, p. 119-148, set. 2017.

SILVA, JAQUELINE MIELKE. SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun. 2014.

SOUZA, Gelson Amaro. Teoria da aparência e fraude à execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 268-277, out.-dez. 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos da ação à execução*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2002.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Ed. Método, 2022.

TARTUCE, Flavio. *O Novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Ed. Método, 2016

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr.-jun. 2003.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2014.

TEIXEIRA, Pablo Mateus Matos da Silva. PEDRON, Flávio Quinaud. A distribuição dinâmica do ônus da prova no código de processo civil e sua aplicação nos tribunais estaduais à luz da MAS (Metodologia de análise de decisões). *Revista Eletrônica de Direito Processual – RED*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 852-883, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O juiz, a prova e o processo justo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Ed. Verbatim. 2013.

VANNUCCI, Rodolpho. *Execução de alimentos do direito de família: um estudo atualizado e sistematizado em vista das recentes reformas legislativas*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2010.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: artigos 1.694 a 1.783*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. v. XVII.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

WAGNER, Jorge da Silva. *Ônus da prova e a dispensa discriminatória*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2017.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 205, p 115-158, mar. 2012.