

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**BRUNA MOLINA HERNANDES**

**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**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo  
2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**BRUNA MOLINA HERNANDES**

**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**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais (concentração em Direitos Difusos e Coletivos), sob a orientação da Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol.

**São Paulo  
2012**

**Banca Examinadora**

---

---

---

## ***Agradecimentos***

*À Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol, de quem já fui, e sempre serei, aluna, monitora, assistente, orientanda e admiradora. Agradeço por todo o carinho e lições, acadêmicas e pessoais, que sempre me proporcionou em todos esses anos de convívio.*

*À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e a todo o seu corpo docente, aos quais devo meu amadurecimento, meu conhecimento técnico e inestimáveis experiências de vida nestes últimos doze anos.*

*À Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por me proporcionar um trabalho tão intenso e importante, razão dos meus estudos e aperfeiçoamento diário, por favorecer minha atual visão sobre o Direito e sobre a vida, e por ser a fonte de ideias e exemplos concretos para o presente trabalho. A todos os meus colegas Defensores Públicos, que sempre contribuíram para este estudo, direta ou indiretamente.*

*Ao meu marido Leonardo, pela paciência, por suportar com carinho meu mau humor, minhas crises, minhas euforias, meus pedidos diários de debates sobre a matéria aqui tratada, pelas leituras do trabalho, e por todo o companheirismo e amor supremo que existe entre nós.*

*Aos meus pais e minha irmã, sempre. Por tudo e muito mais.*

## RESUMO

HERNANDES, B.M. *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. 2012. 328 f. Mestrado (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da possibilidade de inversão dos ônus probatórios nas ações de alimentos diante do ordenamento jurídico atual, baseando-se nos princípios constitucionais e nas semelhanças existentes entre as situações de fato e de direito entre fornecedores e consumidores abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor para formulação da teoria de inversão do ônus da prova.

Primeiramente, estudaremos, resumidamente, aspectos importantes da teoria geral da prova, como o conceito e finalidade da prova, seu objeto, além de princípios a ela relativos, passando pela análise dos indícios, máximas de experiência e presunções.

Após, estudaremos os alimentos, noções gerais, características, rito procedimental, entre outros.

Por fim, ingressando no tema do presente trabalho, trataremos da inversão do ônus da prova em geral, teorias aplicáveis, além do estudo do Código de Defesa do Consumidor, para depois ingressarmos na análise da inversão dos ônus probatórios nas ações de alimentos, com o exame de princípios aplicáveis, das semelhanças existentes entre os direitos e características do alimentando e do consumidor, finalizando com a apresentação do procedimento para a inversão defendida.

**Palavras-chave:** Prova – Ação de alimentos – Código de Defesa do Consumidor – Ônus da prova – Princípios constitucionais – Inversão dos ônus probatórios.

## ABSTRACT

HERNANDES, B.M. *The reversion of prove obligations in food related claims*: based on the general theory for reverting prove obligations taken from the Consumer Code and constitutional principles. 2012. 328 f. Master (Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

The present study has the aim of analyzing the possibility of reverting proving obligations in food related claims in the current legal system based on the study of constitutional principles and the similarities existed between factual and juridical situations involving consumers and furnishers taken from the Consumer Code in order to collect elements to formulate a theory for reverting prove obligation in food related claims.

Firstly, it will be briefly studied important aspects of the general theory of prove, such as the concept and finality of prove, its object, the principles it involves, passing through the analysis of indications, costumes and presumptions around the theme. After that, it will be studied the legal concept of food, its general notion, characteristics and procedural rites.

Finally, entering more specifically the theme of the study, there will be treated the reversion of prove obligations in general, the applicable theories, beside the study of the Consumer Code in order to analyze the possibility of inverting prove obligations in food related claims combined with the analysis of the applicable principles, the similarities existed between consumer and feeding in terms of rights and other characteristics. The study will be concluded by the presentation of the procedure to be applied for reverting proving obligations in food related claims.

**Keywords:** Prove – Food claims – Consumer Code – Prove obligations – Constitutional principles – Reversion of prove obligations.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. TEORIA GERAL DA PROVA.....	12
1.1    Conceito e finalidade.....	12
1.2    Objeto.....	19
1.3    Fontes e meios de prova.....	27
1.4    Máximas de experiência.....	30
1.5    Indícios.....	32
1.6    Presunções.....	33
1.6.1    Presunções judiciais.....	36
1.6.2    Presunções legais.....	37
1.7    Momento de produção da prova.....	41
1.8    Classificação.....	44
1.9    Princípios relativos à prova.....	46
1.10    Direito fundamental à prova.....	59
2. DOS ALIMENTOS .....	62
2.1    Noções gerais.....	62
2.1.1    Conceito.....	64
2.1.2    Modalidades.....	66
2.1.3    Causa jurídica ou fato gerador.....	69
2.1.4    Natureza jurídica.....	72
2.1.5    Finalidade.....	73
2.2    Características.....	77
2.3    Requisitos.....	85
2.4    Rito.....	90
2.5    Espécies de ações.....	113
2.5.1    Ações revisionais e exoneratórias de alimentos.....	113

2.6	Prova nas ações de alimentos .....	124
3.	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	129
3.1	Ônus da prova – regra geral .....	129
3.1.1	Ônus subjetivo.....	137
3.1.2	Ônus objetivo .....	143
3.2	Inversão do ônus da prova – generalidades.....	148
3.2.1	Inversão <i>ope legis</i> .....	151
3.2.2	Inversão <i>ope judicis</i> .....	154
3.3	Teorias aplicáveis .....	155
3.3.1	Teoria da parcialidade positiva do juiz.....	156
3.3.2	Teoria da carga dinâmica da prova.....	162
3.3.3	Identificação ideológica do ordenamento jurídico nacional com as teorias em estudo.....	175
3.4	Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor .....	189
3.4.1	Histórico .....	189
3.4.2	Sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor .....	191
3.4.3	Requisitos para a inversão do ônus da prova .....	197
3.4.4	Momento .....	205
3.4.5	Inversão do ônus econômico-financeiro.....	210
3.5	A inversão do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil....	213
4.	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS.....	225
4.1	Teoria geral da inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e aplicável às ações de alimentos .....	225
4.1.1	Princípios que justificam a inversão do ônus da prova na ação de alimentos .....	225
4.1.1.1	Isonomia das partes no processo .....	226
4.1.1.2	Acesso à justiça e efetividade do processo – direito fundamental à ordem jurídica justa .....	233
4.1.1.3	Solidariedade e cooperação .....	240
4.1.2	Mudança de paradigmas.....	246
4.1.3	A instrução probatória e a busca da verdade – a necessidade da	

	inversão dos ônus probatórios .....	249
4.1.4	<i>Probatio diabolica</i> .....	256
4.1.5	Necessidade da inversão do ônus da prova nas ações de alimentos .....	257
	4.1.5.1 Alimentos devidos entre pais e filhos menores .....	263
	4.1.5.2 Demais modalidades de obrigações alimentícias .....	269
4.1.6	Semelhanças entre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor e as ações alimentícias .....	273
4.2	Procedimento para a inversão .....	281
	4.2.1 Requisitos e pedido .....	282
	4.2.2 Contraditório .....	287
	4.2.3 Momento .....	289
	4.2.4 Inversão do ônus econômico-financeiro.....	296
	4.2.5 Abrangência .....	298
	4.2.6 Recurso.....	299
	CONCLUSÃO .....	302
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	316

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de observações cotidianas acerca de como as ações de alimentos vêm se desenvolvendo perante o Poder Judiciário nacional.

As nítidas desproporcionalidade, desigualdade e injustiça das decisões nos levaram ao estudo ora proposto.

Diariamente, pessoas necessitadas, seja em razão da idade, de problemas de saúde, de acidentes ou atos ilícitos contra si ou seus entes próximos perpetrados, são privadas de seu direito de obter uma pensão alimentícia digna e proporcional às suas necessidades e às possibilidades do alimentante.

Isso porque nosso Código de Processo Civil mantém uma estrutura ultrapassada acerca dos ônus probatórios, que permite ao “mais forte” sobrepor-se aos direitos dos “mais fracos”.

A regra de que o autor (no caso, o alimentando) deve provar os fatos constitutivos de seu direito, dentre eles as possibilidades do requerido ao pagamento do valor pleiteado a título de alimentos, torna esse direito inócuo, impossível de ser obtido devidamente, em razão da impossibilidade ou dificuldade de o autor conseguir provas de fatos que lhe são absolutamente estranhos, distantes e desconhecidos. Por vezes, alimentante e alimentando sequer se conhecem pessoalmente, não mantêm nenhum tipo de relacionamento, assim, como poderá este conhecer as possibilidades econômicas daquele e, mais, comprová-las em juízo?

Entretanto, o ordenamento jurídico nacional, por meio do Código de Defesa do Consumidor, já previu situação semelhante no tocante à relação entre consumidor e fornecedor, entendendo que, àquele, por vezes, é impossível a prova do que alega e do que precisa demonstrar para ver seus direitos respeitados, em razão de sua vulnerabilidade e hipossuficiência. Ante tal contexto fático, criou-se a possibilidade de inversão dos ônus da prova no direito do consumidor, em favor deste, presentes alguns requisitos.

Assim, far-se-á uma crítica construtiva ao ordenamento no tocante à imposição de diferentes soluções a fatos semelhantes e intentar-se-á extrair do Código de Defesa do Consumidor uma teoria geral de inversão do ônus da prova no sistema jurídico nacional, passível de aplicação a outras situações fáticas similares, em especial a ação de alimentos.

Para tanto, estudaremos, resumidamente, aspectos importantes da teoria geral da prova, como o conceito e finalidade da prova, seu objeto, além de princípios a ela relativos, passando pela análise dos indícios, máximas de experiência e presunções.

Após, estudaremos os alimentos, noções gerais, características, rito procedimental, entre outros.

Por fim, ingressando no tema do presente trabalho, trataremos da inversão do ônus da prova em geral e teorias aplicáveis, apresentando teorias nacionais e estrangeiras, como a teoria da parcialidade positiva do juiz e a teoria da carga probatória dinâmica, que estudam a situação retratada acerca da dificuldade de uma das partes processuais em produzir a prova que a norma estática e preestabelecida dispõe, propondo sua dinamização de acordo com cada caso concreto, medida que se objetiva com a inversão dos ônus probatórios.

Também realizaremos o estudo do Código de Defesa do Consumidor, para depois iniciarmos a análise da inversão dos ônus probatórios nas ações de alimentos em especial, com o detalhamento de princípios aplicáveis, das semelhanças existentes entre os direitos e características do alimentando e do consumidor, finalizando com a apresentação do procedimento para a inversão defendida.

Objetivaremos demonstrar que o ordenamento vigente possibilita a inversão dos ônus probatórios nas ações de alimentos, com base nos princípios e normas já existentes.

Assim, o presente trabalho buscará, após um estudo simplificado da teoria geral da prova e dos alimentos, correlacionar a atual disposição legal acerca dos ônus probatórios das partes nas ações de alimentos com as teorias supracitadas, com o Código de Defesa do

Consumidor, em especial sua teoria de inversão dos ônus probatórios, e com os princípios constitucionais, principalmente os princípios da isonomia, do acesso à justiça e efetividade do processo (direito fundamental à ordem jurídica justa) e da solidariedade e cooperação (ou colaboração), demonstrando a possibilidade da inversão proposta e sua importância para as ações em comento, de modo a garantir a justiça das decisões judiciais e a efetiva pacificação social.

## 1

**TEORIA GERAL DA PROVA****1.1 Conceito e finalidade**

Antes de ingressar no tema propriamente dito, necessário se mostra o estudo da teoria geral da prova a fim de fixarmos alguns conceitos e premissas necessários ao aprofundamento do tema.

A palavra *prova* deriva do latim, *probatio*, do verbo *probare*, cujo significado é verificar, examinar, demonstrar.

Para Echandía, é fácil compreender a importância que a prova tem na vida jurídica. Sem ela, os direitos subjetivos de uma pessoa seriam, perante as demais pessoas e o Estado, simples aparências, sem solidez e sem eficácia.<sup>1</sup> Completa o autor explicando que o fim principal do processo é a realização do direito como satisfação de um interesse público do Estado, e seu fim secundário é a justa composição dos litígios. Para cumprir esses fins, o processo necessita entrar em contato com a realidade do caso concreto, pois, se o juiz não conhece exatamente suas características e circunstâncias, não lhe é possível aplicar corretamente a norma legal que lhe regula e assim declarar os efeitos jurídicos materiais que dela se devem deduzir. Esse indispensável contato com a realidade só se obtém mediante a prova.<sup>2</sup>

Para o autor, prova é o conjunto de regras que regulam a admissão, produção, assunção e valoração dos diversos meios que podem ser empregados para levar ao juiz a convicção sobre os fatos que interessam ao processo.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 12.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*, p. 14.

<sup>3</sup> Idem, p. 15 (tradução livre). No original: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.

Segundo Francesco Carnelutti, a chamada “prova legal” é o conjunto de regras relativas à percepção e à dedução dos fatos por parte do juiz, uma vez que este, para obter o conhecimento dos fatos controvertidos, não pode se servir de percepções obtidas de qualquer modo, bem como não pode se servir livremente dos fatos percebidos por suas deduções, devendo utilizá-los segundo determinadas regras.<sup>4</sup>

Continua o autor afirmando que as provas são os equivalentes sensíveis do fato a ser apreciado, no sentido de que proporcionam a seu avaliador uma percepção mediante a qual se pode adquirir o conhecimento desse fato. Conclui ser a prova um meio que prevê ao juiz uma experiência e que, portanto, serve-lhe para relacionar a espécie com o gênero, ou seja, o passado e o futuro.<sup>5</sup>

Assim, provar é tentar demonstrar ou verificar a realidade dos fatos quando de determinado acontecimento. Juridicamente, é estabelecer um fato dentro do processo, fato do qual possam decorrer consequências jurídicas, que sirvam para suportar as teses do autor e do réu, influenciando na decisão do julgador.

É denominado como prova todo elemento destinado a levar ao conhecimento do magistrado a existência ou inexistência de fatos relevantes para o julgamento da causa.

Para Moacyr Amaral Santos, são três as acepções jurídicas com que o vocábulo prova é utilizado:

a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental, etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos

---

<sup>4</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 18.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 227-228.

no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.<sup>6</sup>

Neste mesmo sentido, o autor Érico de Pina Cabral explica que a prova, como atividade, destina-se a “alcançar a certeza (derivada do conhecimento motivado do juiz) em relação às afirmações (ou aos fatos) referidas pelas partes em litígio. A prova, como atividade, é um ônus distribuído às partes, nos termos do art. 333 do CPC”.<sup>7</sup>

Quanto à acepção da palavra prova como *meio*, dispõe ser “o modo a ser utilizado para formar a convicção de certeza. Prova é o meio pelo qual se demonstra o fato perante o juiz”.<sup>8</sup>

Por fim, quanto à prova como *resultado*, explica que

[...] prova é a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo. Trata-se do resultado final, consistente na apuração da veracidade ou falsidade dos fatos alegados. A prova pode ser definida em razão da sua função de formar a convicção do juiz acerca da veracidade das afirmações feitas pelas partes.<sup>9</sup>

Também sobre o significado plural da palavra prova, Eduardo Cambi entende que o vocábulo *prova* pode aludir 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*, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).<sup>10</sup>

Ainda na análise do conceito da palavra prova, colecionamos alguns entendimentos doutrinários.

<sup>6</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 44.

<sup>7</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 88-91.

<sup>8</sup> Idem, ibidem, p. 88-91.

<sup>9</sup> Idem, p. 88-91.

<sup>10</sup> Eduardo Cambi. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001, p. 41, apud Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 43.

Para Cândido Rangel Dinamarco,

[...] dada a institucionalizada ignorância do juiz quanto aos fatos relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a qual julgará. Essa representação é o *conhecimento da realidade fática* e esses meios, em conjunto, compõem a *instrução probatória*. O resultado a ser obtido mediante a instrução probatória é o *conhecimento* dos fatos e conseqüente firmeza para proferir a decisão. Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um *conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento*.<sup>11</sup>

João Batista Lopes entende que à demonstração das alegações sobre os fatos é que se dá o nome de prova.<sup>12</sup> O autor, ainda, faz uma distinção sobre os aspectos objetivo e subjetivo da prova judiciária dizendo que, sob o aspecto objetivo, se trata do conjunto de meios produtores da certeza jurídica, ou seja, meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Já sob o aspecto subjetivo a prova seria “a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo”.<sup>13</sup>

Em virtude deste componente subjetivo é que a produção probatória não é matemática. Pode ser que para o advogado o fato se encontre comprovado, enquanto, para o julgador, o que fora alegado não foi demonstrado efetivamente.

Podemos conceituar a prova, ainda, como o conjunto de atos realizados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, afigurando-se meio instrumental destinado a comprovar fatos cuja finalidade é formar a convicção do julgador para a solução da causa. Por meio de um procedimento regular legal, visa a esclarecer dentro do processo os fatos sobre os quais recaia a dúvida.

<sup>11</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 42.

<sup>12</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 21.

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*, p. 22.

A prova tem por *destino* o processo, como elemento objetivo. Entretanto, seus *destinatários*, elemento subjetivo da classificação, são o julgador, em todos os graus de jurisdição, bem como as partes, os terceiros, todos os que tenham interesse na solução daquela lide.

É por isso que todos os sujeitos do processo podem – e devem – produzir as provas de que sejam capazes, de modo a esclarecer a verdade dos fatos e chegar a um julgamento justo, eficaz e que proporcione efetivamente a paz social.

Sobre a *localização sistemática do instituto da prova*, Moacyr Amaral Santos ensina, como base para este estudo, que existem dois tipos de leis, as *substanciais*, também chamadas *materiais*, e as leis chamadas *adjetivas, formais, instrumentais ou processuais*. As leis substanciais “estabelecem a norma de conduta jurídica, são atributivas de direitos, reguladoras de sua extinção, transferência, conservação ou sucessão, dizem respeito à essência do ato e, como tais, existem por si mesmas”. Já as leis adjetivas, “asseguram a realização das leis substantivas”.<sup>14</sup>

Cândido Rangel Dinamarco dispõe:

[...] destinando-se a preparar julgamentos e endereçando-se ao espírito daquele que julgará, é *no processo* que a prova exerce sua função. Em si mesma e na sua função perante a ordem jurídica e a vida dos direitos ela é, pois, um instituto de direito processual [...]. Quando se trata de *convencer* e não de constituir validamente o ato, estamos no campo preparatório de julgamento e por isso é de *processo* que se cuida”.<sup>15</sup>

Grande parte dos doutrinadores atuais critica o Código Civil de 2002, que trouxe regramento acerca das provas (arts. 121 a 232). Para eles, prova é tema de direito processual, e não de direito material.

<sup>14</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 45.

<sup>15</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 44.

Como exemplo, para Cândido Rangel Dinamarco são exclusivamente processuais a sistematização e normatização acerca dos objetos, meios de prova e critérios para valorá-la. No entanto, integram o conteúdo do direito processual substancial as normas acerca das fontes de prova e ônus da prova, “cuja regência vem do direito material, mas cujo tratamento e utilidade se verificam no processo”.<sup>16</sup>

Entretanto, Moacyr Amaral Santos, em entendimento contrário, ensina, citando Demolombe, que “é essencial não se confundir o *fundo* com a *forma*, o direito *em si mesmo* com o *exercício* do direito, o que, enfim, é *decisorium* com o que não é senão *ordinatorium*”.<sup>17</sup>

Assim, explica que a prova de um ato ou fato jurídico é assunto que diz respeito ao fundo, à substância, ao direito em si mesmo. Dá exemplos da prova do casamento, da compra e venda de um imóvel, de um crédito cambiário: “em que casos, quando, cercada de quais cautelas se deve fazer a prova do casamento, da compra e venda e do crédito cambiário – é assunto eminentemente formal, que diz respeito à forma, ao exercício do direito”.<sup>18</sup>

E conclui:

[...] na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se filia ao sistema do direito francês, belga e italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo.<sup>19</sup>

Também entendendo a prova com localização sistemática mista, Pontes de Miranda leciona que o ordenamento jurídico brasileiro deixou às leis de direito material as regras sobre a admissão dos meios de prova e às leis instrumentais, as regras sobre processo e produção das provas.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 45.

<sup>17</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 47.

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*, p. 48.

<sup>19</sup> Idem, p. 48.

<sup>20</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, p. 278.

A prova, em sua visão de instituto de direito processual, tem por *finalidade*, em regra, demonstrar fatos controvertidos, não notórios, pertinentes e relevantes a determinada causa, a fim de comprovar a ocorrência ou inoocorrência de tais fatos dentro do processo, com o fim único de convencer o julgador do alegado.

Sustenta-se que a *finalidade da prova* é criar embasamento para a decisão judicial. É meio de as partes darem elementos a favor de suas alegações para que o julgador possa convencer-se de uma ou outra versão dos fatos e formar sua convicção.

Para Vicente Greco Filho, processualmente, a prova não tem um fim em si mesma, seja moral ou filosófico; sua finalidade é prática, de influir no convencimento do julgador.<sup>21</sup>

É pelas provas que se chega à verdade, à certeza das afirmações alegadas, aos fatos afirmados como constitutivos do direito, à convicção. “Em consequência, a prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado.”<sup>22</sup>

Explica Echandía ser errônea a corrente que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade dos fatos, posto que a prova se trata de percepções, de trabalho da inteligência, de verificações do fato, enquanto a verdade se trata de identidade, de exatidão, ou seja, do próprio fato. Na realização e averiguação da prova sempre existe a possibilidade de erro, ou seja, da inadequação do fato com a ideia ou o conhecimento que adquirimos dela. Como as provas são meios de levar ao juiz tal conhecimento, existe sempre a possibilidade de não reproduzirem exatamente essa verdade, mas uma ideia deformada desta.

A verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo.

<sup>21</sup> Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, p. 182.

<sup>22</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 15.

Assim, o autor também entende que a finalidade da prova é

[...] dar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos, que é a crença de conhecer a verdade ou o que nosso conhecimento ajusta à realidade, o qual lhe permite tomar sua decisão, esteja esta certeza em correspondência com a realidade, onde estará a verdade, ou se encontre desligada dela e existam erros. A justiça humana não pode exigir mais, porque não se pode aspirar a infalibilidade.<sup>23</sup>

Em uma visão clássica, diz-se que o destinatário direto, imediato, principal da prova, é o juiz, e os destinatários indiretos, mediatos, secundários, são as partes.

Entretanto, em uma visão atual, temos uma subdivisão desta classificação, que diferencia o elemento subjetivo – destinatários da prova – do elemento objetivo, que entende ser o destino da prova o processo. É nele que ficam as provas anexadas, podendo o julgador, de quaisquer instâncias, decidir a causa apenas com base no que fora alegado e encontra-se comprovado nos autos.

Assim, dimensionamos o *conceito* e *finalidade* da prova, a fim de melhor embasar seu estudo e das vertentes que dela derivam.

## 1.2 Objeto

O objeto da prova, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos”.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 250-251 (tradução livre). No original: “darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad”.

<sup>24</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 57.

Assim, objetos de prova são as alegações feitas pelas partes em juízo, capazes de comprovarem ao julgador a procedência e a veracidade do que fora dito.<sup>25</sup>

O fato, em si, existiu ou não existiu. As alegações é que são qualificadas como corretas ou incorretas, verdadeiras ou falsas, boas ou más. Assim, necessária a prova dessas alegações, demonstrando-as corretas, verdadeiras e boas.

Para Francesco Carnelutti, é justo reconhecer que o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações, as quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto os fatos não se comprovam, mas se conhecem.<sup>26</sup>

Sendo o objeto de prova as alegações, em regra, o direito não se prova.

O direito, como exceção, deve ser provado apenas nos casos do art. 337 do Código de Processo Civil, que prevê que “a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”, visto ser regra geral o conhecimento por todos da legislação pátria, conforme o art. 3.º do Decreto-lei 4.657/1942, a chamada Lei de Introdução ao Código Civil.<sup>27</sup>

Assim, conforme o permissivo legal acima citado, o juiz pode determinar que a prova recaia sobre o teor e a vigência da norma jurídica quando for invocado direito estrangeiro, direito municipal e estadual, desde que se trate de localidade diversa daquela em que exerça suas funções, e direito consuetudinário, pois, nos termos do art. 126 do Código de Processo Civil, “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

---

<sup>25</sup> Nas palavras de Pontes de Miranda, “as afirmações são comunicações de conhecimento” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, p. 292).

<sup>26</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 40.

<sup>27</sup> Art. 3.º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Ainda, quem alega deve provar o teor e a vigência da norma.<sup>28</sup> Não se trata de provar o direito, e sim sua existência e vigência.

Nas palavras de Moacyr Amaral Santos,

[...] o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação que devem ser verificados. Dir-se-á que, às vezes, torna-se preciso fazer prova de uma lei ou mesmo de um costume. [...] Mas nem por isso, nem porque se trata de provar o teor e a vigência de uma lei ou de um costume, o objeto da prova deixa de ser o fato: na hipótese, é o fato da existência – ou seja, o teor e a vigência da lei ou costume.<sup>29</sup>

Sobre o *thema probandum*, ensina Echandía que no tema de prova de cada processo se compreendem os fatos materiais ou psíquicos, em sentido amplo, que servem de pressupostos às normas jurídicas que devem ser aplicadas e que necessitam de prova por algum dos meios autorizados por lei.<sup>30</sup>

O fato alegado, objeto de prova, deve ser *controverso* (quando afirmados por uma das partes, são impugnados pela parte adversa; se não há controvérsia, desnecessária a prova, basta a mera aplicação do direito), *relevante* (os fatos a serem provados devem ser passíveis de influir na decisão da causa), *pertinente* (os fatos a serem provados devem possuir ligação com a causa e com as alegações realizadas tanto na petição inicial quanto na resposta do réu) e *determinado* (apresentados com características que permitam distingui-los no tempo e no espaço). Ainda, segundo João Batista Lopes, necessária também a característica

<sup>28</sup> “Tributário. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Embargos à execução fiscal. ISS. Artigo 337 do CPC. Deve ser concedida oportunidade ao fisco (embargado) para comprovar o teor e a vigência do direito local no qual fundamentou a constituição do crédito tributário. 1. No caso *sub examinem*, defende a agravante que a discussão trazida nos autos requer dilação probatória, o que incide o óbice sumular n. 7/STJ. 2. Ocorre que não buscou o recorrente a rediscussão das premissas fáticas. A discussão foi no sentido de que, se há controvérsia sobre a sucessão de normas municipais no tempo, deve ser oportunizado ao apelado, ora recorrente, trazer aos autos a legislação municipal que disciplinou o lançamento do tributo, sob pena de, não o fazendo, aí sim, sofrer as consequências inerentes ao ônus da prova. 3. Agravo regimental não provido” (STJ, 1.<sup>a</sup> Turma, AgRg no REsp 1130001/SC, Min. Benedito Gonçalves, j. 19.08.2010, DJe 25.08.2010).

<sup>29</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 16-17.

<sup>30</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 202.

da *precisão* (“fatos precisos são os que determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa. Alegações genéricas ou vagas não comportam prova”).<sup>31</sup>

Ainda, provados serão os fatos em que se fundam a ação (alegações do autor) e a defesa (alegações do réu).

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, apenas os *pontos controvertidos* serão objeto de prova, visto que

[...] a controvérsia gera a *questão*, definida como *dúvida* sobre um ponto, ou como *ponto controvertido*. Se não há controvérsia, o ponto (fundamento da demanda ou da defesa) permanece sempre como ponto, sem se erigir em questão. E mero ponto, na técnica do processo civil, em princípio independe de prova.<sup>32</sup>

Podemos dizer que os fatos controversos a serem provados são estipulados pelas partes, seja no momento de sua alegação, na petição inicial ou defesa, quando se explicitam os fatos em questão, seja no momento de sua contraposição, isto é, momento processual em que a controvérsia é gerada pela parte contrária àquela que expôs o fato a sua maneira.

Para Érico de Pina Cabral, “o pedido e a contestação fixam os limites da controvérsia e as provas devem ser produzidas de acordo com as questões suscitadas pelas partes”.<sup>33</sup>

Fatos incontrovertidos devem ser provados por exceção, nos casos em que a causa verse sobre direito indisponível,<sup>34</sup> quando o réu for representado por curador especial<sup>35</sup> ou quando a versão do autor, embora não impugnada, for improvável ou impossível.

<sup>31</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 29.

<sup>32</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 58.

<sup>33</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 95.

<sup>34</sup> Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: [...] II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

<sup>35</sup> Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: [...] Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus

Nos casos em que o réu for revel, e aplicarem-se os efeitos da revelia, e casos em que a contestação não impugna especificamente todos os fatos alegados pelo autor, desnecessária a produção probatória, visto não serem os fatos afirmados controversos.

Entretanto, se alguma outra forma de resposta apresentada, quais sejam reconvenção, exceções, tornar controversos e litigiosos os fatos afirmados pelo autor, estes deverão ser provados. O mesmo quando os fatos estiverem em contradição com a defesa considerada em seu conjunto, nos termos do art. 302, III, do Código de Processo Civil, ou quando um dos litisconsortes contestar a ação gerando a controvérsia também em benefício dos demais, ainda que revéis, no caso de os fatos alegados na defesa serem comuns.<sup>36</sup>

Por *fatos relevantes*, segundo Cândido Rangel Dinamarco, têm-se

[...] as condutas ou acontecimentos que, havendo sido *alegados* na demanda inicial ou na defesa do réu, tenham em tese a desejada *eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva* pretendida por aquele que os alegou. Ao mandar que o juiz *indefira providências inúteis ou meramente protelatórias*, o art. 130 do Código de Processo Civil exclui do objeto da prova os fatos irrelevantes, porque nenhuma utilidade o seu reconhecimento poderia ter para o julgamento da causa ou dos pedidos, ou requerimentos incidentes ao processo. *O fato é irrelevante quando, com ele ou sem ele, a decisão será a mesma.*<sup>37</sup>

Ainda, necessária a produção de provas acerca dos *fatos impossíveis ou improváveis* alegados pelo autor.

É certo que “o processo não é um negócio combinado em família, mas instrumento de exercício de um serviço público e o poder de disposição das partes não pode chegar a ponto de impor absurdos à inteligência do juiz”.<sup>38</sup>

---

da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

<sup>36</sup> Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação.

<sup>37</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 64.

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*, p. 62.

Assim, alegados fatos improváveis ou impossíveis, deve o julgador determinar a produção das provas que atestem o fato narrado, ainda que não gerada a controvérsia pela parte contrária, ou, mais, ainda que confessados tais fatos.

Quando uma das partes *confessa* os fatos afirmados pela parte contrária, também ficam dispensadas de serem provadas tais alegações.<sup>39</sup>

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, nestes casos, não é necessária a produção de prova. Na verdade, a confissão já é meio de prova; logo, o fato restou comprovado por meio dela. Desnecessária, portanto, a realização de *outro* meio de prova.<sup>40</sup>

Entretanto, no entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, que por nós é seguido, “a confissão, que o Código de Processo Civil indica como meio de prova (arts. 348 e ss.), na realidade, é um dos possíveis fatores de incontrovérsia das alegações da parte contrária, o qual as dispensa de prova (art. 334, inc. II)”.<sup>41</sup>

Se há confissão é porque *o fato é incontroverso*. Se é incontroverso, desnecessária a produção probatória no tocante a ele.<sup>42</sup>

Entretanto, não é porque a parte contrária confessou determinado fato que o resultado do processo, necessariamente, será desfavorável a ela. A confissão não se confunde com o reconhecimento jurídico do pedido, que gera a extinção da ação com resolução do mérito, nos termos do art. 269, II, do Código de Processo Civil. Confessam-se fatos, reconhecem-se direitos.

---

<sup>39</sup> Nos termos do art. 348 do Código de Processo Civil, há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

<sup>40</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 45-46.

<sup>41</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 59.

<sup>42</sup> “Ação de depósito. Negativa de devolução dos bens depositados. Fato incontroverso devido à ocorrência da confissão ficta. O depoimento de pessoa jurídica deve ser prestado por mandatário com poderes especiais, sob pena de caracterizar verdadeira confissão quanto à matéria de fato. Confissão que, de toda sorte, apenas corroborou a conclusão que se poderia extrair das provas produzidas. Apelação desprovida” (TJRS, 9.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70010533230, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 16.02.2005).

Também, nos termos do art. 302, II, e art. 319, III, do Código de Processo Civil, os efeitos da revelia não alcançam os fatos que demandem instrumento público que a lei considerar da substância do ato<sup>43</sup> e estes documentos não forem juntados com a petição inicial.

Neste caso, “não se trata de *prova* do ato, mas de elemento indispensável à própria constituição válida da relação jurídica”.<sup>44</sup>

Ainda, fatos que não precisam ser provados são os *fatos evidentes*, visto que podem ser facilmente constatados, de plano, sem a necessidade de aprofundamento probatório, e os *fatos notórios*, que pertencem ao patrimônio estável de conhecimento de determinada sociedade, baseando-se no homem de cultura média.<sup>45</sup>

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira,

[...] os fatos notórios devem apresentar as seguintes características: a) a notoriedade é um conceito relativo: há fatos conhecidos apenas para os cristãos; há fatos conhecidos apenas em um país; assim, para que seja considerado notório, um fato não precisa ser conhecido por *todas* as pessoas; b) para ser notório, não precisa ser *necessariamente* conhecido, bastando que, pela ciência pública ou comum, o possa ser: o juiz pode ignorar que a colheita do café é feita em tal época, e nem por isso o fato deixa de ser notório; dessa forma, pode-se dizer que é notório o fato *conhecido* ou que, de acordo com a cultura média do homem, *poderia* ser conhecido; c) para

<sup>43</sup> “Escritura pública de compra e venda. Anulação. Os contornos da lide são traçados pela inicial, ou seja, pela causa de pedir sobre a qual baseia a parte autora o seu pedido, e tomam compleição definitiva com a resposta do réu. Daí em diante, impossível inovar e isto vem claro nos artigos 264 e 303 do Código de Processo Civil, com as exceções que lhes são próprias. A prova documental, mormente versada em documento público, prepondera sobre a testemunhal. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta (art. 366). Daí as regras constantes dos arts. 302, n.º II, e 320, n.º III. Apelação desprovida (TJRS, 18.ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70000910448, Rel. Ilton Carlos Dellandrea, j. 24.08.2000).

<sup>44</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 61.

<sup>45</sup> “Agravo de instrumento. Decisão monocrática. Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Legitimidade ativa *ad causam*. Bem móvel. Transferência de propriedade pela simples tradição. Antecipação de tutela. Requisitos. Prova inequívoca. Fato notório. Desnecessidade de prova. 1. É consabido que a transferência de propriedade dos bens móveis se dá por meio da tradição, razão pela qual é de se ter que a legitimidade para ajuizar ação de indenização por danos morais e materiais, no caso em tela, não é apenas da pessoa cujo nome consta na nota de compra e venda, mas sim daquela a qual o bem foi transferido por meio de tradição. 2. Os fatos notórios, segundo o art. 334, inciso I, do CPC, não dependem de prova. Diante disto, tenho que o fato do julgador ter se convencido da verossimilhança das alegações pela notoriedade do fato exclui a necessidade da prova inequívoca, pois aquela a substitui, já que realizada de outra forma, o que não caracteriza a ausência do dito requisito. Agravo de instrumento a que se nega seguimento” (TJRS, 9.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70010931517, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 23.02.2005).

ser notório, não se precisa ter com ele uma relação direta: todos sabemos que no dia 07 de setembro de 1822 houve o grito do Ipiranga, sem que tivéssemos estado lá. O fato notório compõe o substrato fático da causa e deve ser levado em consideração pelo magistrado no momento de proferir sua decisão.<sup>46</sup>

Para João Batista Lopes, deve-se afastar a ideia de que notório seja o fato conhecido de todos, visto serem raros os fatos que possuem esse atributo. Mais adequado, em sua visão, “é afirmar que a notoriedade é um conceito relativo, que depende de circunstâncias de tempo e lugar”.<sup>47-48</sup>

Assim, a característica da notoriedade é relativa, dependendo do tempo, lugar e meio em que é considerada. Deve integrar o patrimônio comum de conhecimento de determinadas pessoas, em determinado tempo e lugar, estes de prolação da decisão judicial e conhecimento dos fatos pelo julgador.<sup>49</sup>

Tendo em vista que a finalidade da prova processual é convencer o julgador, existindo notoriedade do fato, há convicção do juiz anterior à prova, que, assim, seria supérflua, na lição de Pontes de Miranda.<sup>50</sup>

Ainda, os fatos notórios são fatos objetivos, produzidos fora do processo.

Quanto ao *fato negativo*, há certa concordância doutrinária e social de que não há como provar algo que não aconteceu. A omissão prova-se por meio da ação, comprovando-se que o agente agiu de forma diferente da qual era obrigado.

<sup>46</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 44-45.

<sup>47</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 29.

<sup>48</sup> No mesmo sentido, Eduardo Cambi, para quem “o conceito de notoriedade é cultural, modificando-se conforme variantes de tempo e lugar. São considerados notórios, para fins processuais, os fatos que pertencem à cultura do homem médio no lugar no momento em que a decisão é tomada” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 347).

<sup>49</sup> “Administrativo. Servidor público municipal. Médico veterinário. Adicional de insalubridade. Exercício de atividade insalutífera, ausência de prova. Ônus probatório do qual não se incumbiu o autor (art. 333, I, do CPC). Notoriedade relativa. Necessidade de se provar a notoriedade do fato. Observância do princípio da legalidade. Apelação desprovida” (TJRS, 3.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70012187951, Rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 15.09.2005).

<sup>50</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, p. 304.

No entanto, a prova do fato negativo se basear na prova de outro fato positivo não impede que o verdadeiro tema da prova seja o fato negativo.<sup>51</sup>

Salienta João Batista Lopes que “só não podem ser provadas as negativas absolutas, não as relativas (ex.: não posso provar que jamais estive em Piripiri (PI), mas posso provar que lá não estive no dia 31.12.1995, à meia-noite, porque, nesse dia e horário, participava de confraternização de fim de ano em São Paulo)”.<sup>52</sup>

Entretanto, vê-se que, também neste caso, a omissão prova-se pela ação, como acima explicitado.

Para Moacyr Amaral Santos, no que acompanhamos,

[...] não se faz prova de uma negativa indefinida, que seja realmente impossível, não em razão de seu caráter negativo, pois que a prova de uma afirmativa indefinida seria igualmente impraticável: como provar que jamais vi tal pessoa? Mas como, por sua vez, provar que sempre usei tal joia? Em suma, pode-se concluir que a impossibilidade não decorre da circunstância de se tratar de um fato negativo, mas sim de ser ele indefinido, tanto que diversamente não ocorreria na hipótese de uma afirmativa indefinida.<sup>53</sup>

No mesmo sentido, Hernando Devis Echandía.<sup>54</sup>

Assim, quando da especificação das provas e da instrução probatória em si, necessário estarem as partes cientes das alegações que precisam de prova e ao modo de sua produção. Tal conhecimento é indispensável para que os sujeitos do processo se desincumbam devidamente de seus ônus probatórios e instruem os autos com as provas necessárias, úteis e suficientes à correta e justa decisão judicial.

### 1.3 Fontes e meios de prova

Necessário fazer uma distinção entre *fontes de prova* e *meios de prova*.

<sup>51</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 177.

<sup>52</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 30.

<sup>53</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 175.

<sup>54</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 206-207.

As *fontes* preexistem ao processo, visto que existem desde a época dos fatos, tendo-os atestado. Já os meios de prova existem *no* processo.

Para Érico de Pina Cabral, fontes de prova

[...] são pessoas ou coisas, das quais é possível extrair premissas de convicção sobre a veracidade das alegações firmadas no processo. São elementos externos trazidos ao processo, pelas partes ou pelo juiz, para que se possa submetê-los às investigações necessárias a obter informações para o esclarecimento dos fatos alegados.<sup>55</sup>

Fonte de prova é o fato do qual se serve para deduzir a própria verdade. Já meio de prova é a atividade do juiz mediante a qual se busca a verdade do fato a se provar. Explica Carnelutti ser melhor chamar de fonte o fato do qual o juiz infere a conclusão e meio, a atividade que serve para obtê-la.<sup>56</sup>

Esclarece Echandía que a fonte de prova pode consistir em fatos representativos ou simplesmente expressivos de si mesmos, entendendo por tais coisas os objetos, acontecimentos físicos ou naturais, as condutas e relações humanas e mesmo as pessoas físicas ou naturais, de onde o juiz possa deduzir a prova de outros fatos ou deles mesmos.<sup>57</sup>

Fonte de prova, assim, é tudo o que pode ser útil ao esclarecimento da causa e com ela tenha relação. É exterior ao processo e preexistente a ele.

Já os *meios de prova*, segundo José Carlos Barbosa Moreira, “são pontes através das quais os fatos passam a chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”.<sup>58</sup>

Os meios de prova são instrumentos que extraem das fontes de prova sua essência comprobatória da verdade dos fatos, capazes de levar ao julgador o que realmente

<sup>55</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 105.

<sup>56</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 70-71.

<sup>57</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 270-271.

<sup>58</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil*. Reflexos do Novo Código Civil no direito processual. Salvador: Edições JusPodivm, 2006, p. 212, apud Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 47.

aconteceu e de que modo, possibilitando-se e facilitando-se um julgamento condizente com a realidade. São meios pelos quais se levam as fontes de prova ao processo. Assim, são internos ao processo e contemporâneos a ele.

Para Echandía, uma vez que por provas judiciais se entendem as razões ou motivos que servem para levar ao juiz a certeza sobre fatos, por meio de prova temos os elementos ou instrumentos (testemunhas, documentos etc.), utilizados pelas partes e pelo juiz, que fornecem estas razões ou estes motivos (para obtenção da prova); são os modos aceitos em cada lei processual que servem de veículos às provas.<sup>59</sup>

O citado autor faz uma interessante diferenciação entre fontes, meios, motivos ou argumento de prova.

Para ele, fonte de prova são os fatos percebidos pelo juiz, dos quais este obtém, graças a uma operação mental, o conhecimento destes mesmos fatos ou de outros que interessam ao processo.

Já por motivos ou argumento de prova se entendem as razões que o juiz deduz das fontes de prova para reconhecer ou negar determinado valor de convicção das provas.

Ainda, os meios de prova podem ser entendidos de duas maneiras: a primeira, como a atividade do juiz ou das partes, que fornece ao primeiro o conhecimento dos fatos do processo e, portanto, as fontes de onde se extraem os motivos ou argumentos para formar sua convicção, ou seja, a confissão da parte, a declaração da testemunha, a inspeção judicial, o parecer do perito etc.

No entanto, em um segundo sentido, entende-se por meio de prova os instrumentos ou órgãos que fornecem ao juiz esse conhecimento e essas fontes de prova, a saber, a testemunha, o perito, a parte. Explica o autor que tal conceito também se encontra correto,

---

<sup>59</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 29 e 271.

visto que a testemunha e a declaração da testemunha não são fatos diversos, não sendo possível separar uns dos outros, constituindo o mesmo conceito e possuindo a mesma função.

Entretanto, o autor prefere diferenciar tais conceitos do seguinte modo: a testemunha, o perito e a parte que realiza confissão são os órgãos; o testemunho, o parecer e a confissão são os meios; os fatos narrados ou explicados são as fontes, e o que faz convincente essa prova são os argumentos ou motivos.<sup>60</sup>

Todo meio utilizado para se demonstrar um fato, contanto que não seja ilícito ou ilegal (art. 5.º, LVI, da Constituição Federal), é meio de prova.<sup>61</sup> O rol de provas previsto nos códigos processuais é exemplificativo, pois vigora entre nós o princípio da liberdade dos meios de prova, posto que fazer prova é um direito subjetivo constitucional das partes.

Assim, as alegações realizadas pelas partes em determinada causa serão comprovadas nos autos pelos meios de prova existentes, bem como por quaisquer outros que as partes queiram utilizar, conquanto legais e legítimos.

#### 1.4 Máximas de experiência

Todos nós possuímos noções decorrentes de nossas experiências, cultura, estudo, as quais nos permitem possuir um entendimento do que normalmente costuma ocorrer em nosso cotidiano, de que as coisas são e devem seguir sendo. Assim, todos temos conhecimento de que a gestação de uma mulher costuma levar nove meses, que o dia amanhece por volta das seis da manhã, que se colocarmos o dedo em fogo aceso ele queimará etc.

Assim, diante da ciência dessas noções comuns é que se fala de *máximas de experiência*,<sup>62</sup> as quais, para Fredie Didier Jr.,

<sup>60</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 550-552.

<sup>61</sup> Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

<sup>62</sup> “Responsabilidade civil. Ofensas à honra e à intimidade. Fatos controversos. Máximas da experiência. Comprovação. Danos morais. Existência. Controvertidos os fatos, tem o autor o ônus de comprovar a

[...] são as noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentarem-se no futuro – possuem as características de generalidade e abstração.<sup>63</sup>

#### Segundo João Batista Lopes, citando Stein, máximas de experiência

[...] são definições de juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação são deduzidos e que, acima desses casos, pretendem dar validade para outros novos.<sup>64</sup>

As máximas da experiência são levadas em consideração em variados momentos processuais. Por exemplo, devem ser observadas pelo julgador quando da valoração das provas, a fim de confrontar as provas produzidas e atribuir valor a cada uma delas; devem ser utilizadas para dar conteúdo a conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo, o que seria “preço vil”).

O art. 335 do Código de Processo Civil prevê a aplicação das regras de experiência quando dispõe que, “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Quanto às “regras de experiência técnica”, deve-se tratar de regras de acesso geral, “vulgarizadas”, como a lei da gravidade, o período gestacional da mulher, entre outros. Não pode o julgador se valer de conhecimentos técnicos que possua em virtude, por exemplo, de um curso superior que frequentou. Nestes casos, a prova pericial torna-se indispensável.

---

ocorrência daqueles que constituem o seu direito. No caso dos autos, possível a utilização das máximas de experiência, analisando-se aquilo que ordinariamente acontece para que se alcance o *factum probandum*. Comprovadas as ofensas à intimidade da autora, deve o requerido arcar com os danos morais a que deu causa. Apelo parcialmente provido. Recurso adesivo a que se nega provimento” (TJRS, 10.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70015763337, Rel. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 28.09.2006).

<sup>63</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 53.

<sup>64</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 60.

Anteriormente estudamos os fatos notórios, considerados como aqueles que pertencem ao patrimônio estável de conhecimento de determinada sociedade, baseando-se no homem de cultura média. Para Fredie Didier Jr.,

[...] distinguem-se as máximas da experiência dos fatos notórios. Esses são fatos que ocorreram, e de cuja existência tem acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no mesmo ambiente sociocultural em que se acha inserido o juiz. Regra da experiência e fato notório compõem, porém, um gênero: o “saber privado do juiz”.<sup>65</sup>

Para Eduardo Cambi,

[...] não se podem confundir os fatos notórios com as máximas de comum experiência, uma vez que estas 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.<sup>66</sup>

## 1.5 Indícios

Os *indícios*, por sua vez, podem ser entendidos por meio da equação: de um fato conhecido chega-se à conclusão de outro fato, até então desconhecido, por ser este causa ou efeito lógico do primeiro.<sup>67</sup>

Para Echandía, deve-se entender por indício um fato conhecido do qual se induz outro fato, desconhecido, mediante um argumento probatório que daquele se obtém, em virtude de uma operação lógico-crítica baseada em normas gerais da experiência ou em princípios científicos ou técnicos.<sup>68</sup> Completa o autor esclarecendo que, quanto mais segura

<sup>65</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 54.

<sup>66</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 352.

<sup>67</sup> O Código de Processo Civil não conceitua o que seriam indícios, mas o Código de Processo Penal, em seu art. 239, dispõe que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

<sup>68</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, p. 601.

a regra ordinária de experiência aplicável ao caso, ou seja, quanto menos possibilidade de exceção ofereça, mais clara e firme será essa relação de causalidade.<sup>69</sup>

Segundo Moacyr Amaral Santos, “o conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de um outro fato”.<sup>70</sup>

Este fato conhecido é indício de outro fato ou circunstância, que dele é causa ou efeito direto. Por via de raciocínio lógico, por um indício chega-se ao conhecimento do fato relevante à causa.

Indício é um fato que em si mesmo não teria pertinência à causa. Entretanto, torna-se fato-base a ser comprovado nos autos porque, com fundamento naquilo que ordinariamente acontece, da sua ocorrência o juiz inferirá a ocorrência daquilo que realmente interessa conhecer.<sup>71</sup>

Por fim, para Érico de Pina Cabral,

[...] indícios são os fatos bases, já conhecidos e dados como provados, a partir dos quais, por meio do raciocínio, ou ilações (previstas em lei ou feitas pelo juiz) se alcançam ou se presumem os fatos desconhecidos ou probandos. Por si só nada provam, mas neles se assenta o raciocínio que conduz ao fato por provar. Dos indícios, via ilação, é possível chegar à *prova indiciária* (presumida).<sup>72</sup>

## 1.6 Presunções

As *presunções*, por seu turno, são meios de facilitação da demonstração de fatos cuja prova seria extremamente difícil ou impossível.

Para Érico de Pina Cabral,

<sup>69</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, p. 648.

<sup>70</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 507.

<sup>71</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 68.

<sup>72</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 266.

[...] nas situações jurídicas em que é difícil ou impossível a produção de prova, a lei ou o juiz intervêm para facilitar a demonstração do *factum probandum* e se satisfaz com a prova de outro fato, base ou indício (*factum probans*), mais fácil de ser demonstrado em juízo, sem a necessidade da prova direta daquele que é importante para o julgamento da causa. A presença deste outro fato, fácil de ser demonstrado, indica a probabilidade da ocorrência de outro, seja pelo critério da normalidade (*id quol plerumque accidit*) a ser verificado pelo juiz, seja por determinação da própria lei.<sup>73</sup>

Eduardo Cambi diferencia presunção e indício da seguinte maneira:

[...] os indícios, como o próprio nome aponta, *indicam*, não representam, o fato probando, isto é, neles se assenta o raciocínio que permite a cognição do *factum probandum*. Por isso, são fatos secundários que servem de *pressupostos das presunções* ou *fontes de presunções*, já que, a partir deles, podem ser deduzidos os efeitos jurídicos dos fatos principais, que são diretamente relevantes para o julgamento da causa.<sup>74</sup>

A presunção judicial decorre dos indícios, uma vez que, em virtude do argumento probatório que fornece o fato indicador, o juiz infere com maior ou menor segurança, ou seja, como algo certo ou simplesmente provável, a existência ou inexistência do fato que investiga; essa inferência conhecemos como presunção judicial, que difere do argumento probatório, uma vez que este lhe serve de causa. “O indício é a prova e a presunção a consequência da regra de experiência ou técnica que permite valorá-la e que não é prova nem objeto de prova.”<sup>75</sup>

Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira também apresentam interessante e esclarecedora diferenciação entre indício e presunção, utilizando-se de um silogismo, tomando como premissa maior a verdade mais geral, conceito geral a que se chega pela experiência. Dão como exemplo a mancha de batom, como sinal quase inequívoco de que houve algum encontro.

<sup>73</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 227.

<sup>74</sup> E complementa o autor: “pode-se, destarte, sustentar que o indício é o elemento probatório indiretamente representativo do fato a ser provado, isto é, tem uma relação indireta com o *thema probandum*, enquanto a presunção é resultado da argumentação indireta que constitui o juízo no caso específico”. Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 361.

<sup>75</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, p. 602 e 612 (tradução livre). No original: “el indicio es la prueba e y la presunción la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla y que, no es prueba ni objeto de prueba”.

Após, explicam o que seria a premissa menor, o fato conhecido, fato-base, ou seja, o indício. É preciso que haja certa relação entre o fato geral e o fato-base, podendo-se essa relação se dar de duas formas:

a) constante: o que se apresenta como verdadeiro em todos os casos particulares. Ex.: todos os homens são mortais; João é homem, logo, mortal. A relação entre os fatos é regida por uma lei natural, sendo impossível que as coisas ocorram de maneira diferente, sendo uma certeza absoluta – aqui não há presunção, mas certeza. De tal conclusão resulta a evidência; b) ordinária: o que se apresenta como verdadeiro em quase todos os casos particulares. Aqui, não há evidência, mas mera verossimilhança. Dado que um fato exista, em face do que comumente acontece, também existirá o fato que se deseja provar. A base do silogismo é uma regra estabelecida segundo o que ordinariamente acontece. Surge a presunção.<sup>76</sup>

Entretanto, Érico de Pina Cabral, no que diz respeito às relações constantes, explica, no que concordamos, que “o raciocínio inferencial presume no máximo a certeza relativa ou um juízo de alto grau de probabilidade, jamais atingindo o juízo de certeza absoluta ou verdade absoluta. É de se lembrar que em determinada época, para a ciência, a terra era considerada plana”.<sup>77</sup>

Importante salientar, como o faz Eduardo Cambi, que a presunção não é um meio de prova, mas apenas uma operação mental pela qual se pode raciocinar a partir do fato demonstrado, por outros meios de prova.<sup>78</sup>

As presunções não são *meios de prova*, mas sim *meios de liberação do ônus de provar*, que levam um convencimento sobre um fato não demonstrado, mas simplesmente presumido, em razão do que hodiernamente ocorre.<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 58-59.

<sup>77</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 230.

<sup>78</sup> E complementa: “a presunção é um processo mental, não um meio de prova, porque, quando o juiz afirma que ‘ocorrido um fato *x*, deve ter ocorrido um fato *y*’, nada de novo surge no plano material ou concreto, mas exclusivamente em nível intelectual, na mente do magistrado”. Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 360.

<sup>79</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 292.

Portanto, as presunções partem de um fato conhecido para chegar a um fato ignorado, e tal inferência presuntiva é calcada nas máximas de experiência.

Para Echandía, as presunções são um princípio lógico, baseados nas máximas gerais da experiência ou em conhecimentos especializados (que fornecem os peritos), que servem para o juiz determinar o valor probatório do indício ou de outra prova qualquer.<sup>80</sup>

As presunções classificam-se em *presunção judicial*, também chamada de comum, ordinária ou *hominis*, e a *presunção legal*, subdividida em *absoluta (jure et de jure)* e *relativa (juris tantum)*.

### 1.6.1 Presunções judiciais

A presunção judicial, prevista no art. 335 do Código de Processo Civil,<sup>81</sup> decorre da verossimilhança dos fatos alegados pela parte, formada pela experiência comum do juiz, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece. Trata-se de um raciocínio lógico.

Tal presunção gera uma dispensa da realização da prova, visto que o fato alegado, ante a presunção incidente, já se encontra esclarecido.

Importante salientar, ainda, que o raciocínio lógico realizado pelo julgador deve partir de um fato-base, o qual deve ser comprovado nos autos pela parte a quem aproveita. Comprovado o fato-base, o juiz pode inferir, presumir o fato principal, que possui ligação com a causa.

O fato presumido prevalece até prova em contrário, caso ela exista.

<sup>80</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, p. 613.

<sup>81</sup> Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Na lição de Eduardo Cambi, com a técnica das presunções simples, procura-se “eliminar a necessidade de provar fatos que correspondem ao normal andamento das coisas, bem como aliviar o peso da carga probatória de uma das partes, sem, todavia, suprimir a possibilidade de admitir prova em contrário”.<sup>82</sup>

Assim, poderá o julgador fundamentar sua decisão demonstrando que o fato-base, indício, encontra-se comprovado, e a partir dele exarar o raciocínio desenvolvido até atingir a presunção que tornou o fato esclarecido e dispensou a prova, decidindo pela procedência ou improcedência da ação.

Ainda, nos termos do art. 230 do Código Civil, as presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal, por exemplo, na hipótese de negócios jurídicos de valor superior a dez salários mínimos.<sup>83</sup>

### 1.6.2 Presunções legais

Por sua vez, a *presunção legal* resulta do raciocínio lógico, não do juiz, mas do próprio legislador. Devem estar previstas expressamente, tornando irrelevante a prova dos fatos cujas existência e verdade a própria legislação previamente estabelece.

Dispõe o art. 334, IV, do Código de Processo Civil: “não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Para Érico de Pina Cabral,

---

<sup>82</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 379.

<sup>83</sup> Art. 227 do Código Civil. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Art. 401 do Código de Processo Civil. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

[...] quando se utiliza uma *presunção legal* (seja *iuris tantum* ou *iure et de iure*) para fundamentar uma decisão, declara-se somente a conclusão. Não há necessidade de justificar a suposta regra geral da experiência que está contida na norma e nem enunciar o princípio de identidade que serve de base à premissa menor [...] O mesmo não se pode dizer das *presunções simples ou judiciais*, cuja utilização requer que seja explicado o fenômeno lógico da conclusão adotada no caso concreto. Isso porque, na hipótese contrária, não estará devidamente fundamentada a utilização da regra geral de experiência que as serve de base.<sup>84</sup>

Assim, a *presunção legal* decorre diretamente da lei, dela não necessitando fazer qualquer prova a parte. Entretanto, deve a quem aproveita a *presunção legal* fazer prova dos indícios que servem de fato-base para este raciocínio lógico, de modo a demonstrar que se encontra presente a *presunção*. O que não se torna necessário comprovar são as regras de experiência e o pensamento lógico desenvolvido pelo julgador para se chegar à *presunção*. Isso só é devido nas *presunções judiciais*. Nas *presunções legais*, provado o indício, decorrem da própria lei as demais consequências.

Quando absolutas, *peremptórias* ou chamadas *iure et de iures*, as *presunções legais* não admitem prova em contrário. São verdades estabelecidas em lei como indiscutíveis, irrefutáveis.

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira,

[...] quando a lei consagra uma *presunção absoluta* [...] o que na verdade faz é tornar *irrelevante*, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito no esquema fático. Se não existisse a *presunção*, seria indispensável para que se produzisse o efeito, o concurso de *x*, *y* e *z*; estabelecendo uma *presunção absoluta* em relação a *z*, a lei faz depender a produção do efeito *somente* do concurso de *x* e *y*. [...] A rigor, a existência ou inexistência de *z* fica fora do *thema probandum*, como fora dele fica a prova de todo e qualquer fato irrelevante: no processo, não devem praticar-se atos inúteis.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 234.

<sup>85</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Anotações sobre o título 'Da Prova' do Novo Código Civil*. Reflexos do Novo Código Civil no direito processual. Salvador: Edições JusPodivm, 2006. p. 212, apud Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 61.

No entanto, adverte Eduardo Cambi que “não se admite a prova contrária do fato presumido, não quanto ao fato-base ou auxiliar”. Para melhor esclarecer, cita o exemplo da usucapião, presunção legal absoluta criada pelo legislador de que quem tem a posse mansa e pacífica de um bem por determinado lapso temporal dele se torna dono: “verificado o lapso temporal de 15 anos, resta caracterizado o usucapião, presumindo-se a existência do justo título e da boa-fé, mas nada impede o réu de produzir prova de que o autor não está por 15 anos, sem interrupção nem oposição, na posse do imóvel”.<sup>86</sup>

Comprovados os fatos-base, a ilação lógica imposta pela lei não pode ser contestada, não admitindo prova em contrário.

Saliente-se que a lei deve ser clara ao estabelecer que determinada presunção é absoluta; do contrário, entende-se a presunção como relativa.

Para Érico de Pina Cabral,

[...] as presunções legais absolutas são consideradas como fenômenos que se situam no direito material e não se inserem no direito processual, porquanto, não têm relação direta com a disciplina probatória. Têm forma de presunção, mas o conteúdo é de uma norma de direito material.<sup>87-88</sup>

Já a presunção classificada como relativa, condicionante, *iuris tantum*, admite prova em contrário. Aquele que afirma o fato presumido não precisa comprová-lo. A lei estabelece como verdade a presunção até prova em contrário a ser realizada pela parte contrária. Trata-se, assim, de regra de distribuição do ônus da prova.

Assim, na presunção relativa,

<sup>86</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 368.

<sup>87</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 237.

<sup>88</sup> Para Eduardo Cambi, quanto às presunções legais absolutas, “a autoridade do magistrado é substituída pelo juízo preventivo e abstrato do legislador. Por isso, o juiz se limita, unicamente, a verificar os pressupostos fáticos para a aplicação da valoração probatória eleita pelo legislador, sem a possibilidade de formar a sua própria convicção” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 367).

[...] há um requisito (ônus) a ser cumprido pela parte a quem aproveita, a comprovação do *fato-base* e uma *condição* para seu afastamento, a existência de prova contrária ao fato presumido, que, na hipótese de não ocorrer, a outra parte arcará com o ônus da inexistência de prova contrária ao fato presumido, daí por que se emprega a nomenclatura, nestes casos, de *inversão do ônus*, se relacionada à *questão fática*, presumida ou contraditada.<sup>89</sup>

Na lição de Érico de Pina Cabral,

[...] ao juiz cabe valorar a prova colhida e verificar se tem ela força persuasiva suficiente para afastar a presunção. Estabelece-se, assim, uma presunção condicional baseada na certeza que perdura sob a condição de não ser desfeita. A lei proporciona a formação de uma certeza provisória em relação ao fato presumido que só preponderará sobre o convencimento do juiz se forem rebatidas as provas contrárias.<sup>90</sup>

As presunções legais relativas, bem como as presunções judiciais, como acima dito, invertem a distribuição do ônus da prova, uma vez que, na lição de Érico de Pina Cabral,

[...] a simples existência do fato-base é suficiente para criar a convicção de existência do fato deduzido. Caberá à outra parte: (a) desconstituir o *fato-base* apresentando a *contraprova*; ou (b) mediante *prova em contrário*, desconstituir a *ilação*, que se extrai do fato-base (a própria presunção), hipótese esta, possível somente quando a presunção for relativa.<sup>91</sup>

Entretanto, importante ressaltar entendimento divergente na doutrina acerca se as presunções geram inversão do ônus da prova ou apenas uma distribuição diferente do ônus probatório.

Para Rui Manoel de Freitas Rangel,

[...] não é exato afirmar que as presunções invertem o ônus da prova. Na verdade, as presunções constituem uma denegação do ônus da prova, pois alteram o objeto da prova, e de consequência, o fato que ao onerado incumbe provar. Em lugar de provar o fato presumido, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do fato que serve de base à presunção, o qual, simultaneamente, também faz prova do fato desconhecido (fato

<sup>89</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 287.

<sup>90</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 244.

<sup>91</sup> Idem, *ibidem*, p. 258.

presumido). Isto é, o beneficiário da presunção continua tendo o ônus da prova, só que deslocado para o fato-base da presunção.<sup>92</sup>

Para Moacyr Amaral Santos, as presunções geram verdadeira inversão do ônus da prova, pois

[...] há uma liberação parcial da prova em favor da parte interessada em fornecê-la, e, de outro lado, um verdadeiro *ônus da prova contrária* a cargo de quem de outro modo não seria interessado em produzi-la. A inversão se daria do seguinte modo: *X* deveria provar a *existência* do fato 'a' e dessa prova é dispensado; *Y*, seu adversário, não deveria provar a *inexistência* de 'a' e, no entanto, tal prova lhe é imposta, visto que, de outro modo, admitindo-se como verdadeira a *existência* de 'a', a lide seria decidida contra *Y* e em favor de *X*.<sup>93</sup>

Para Leo Rosenberg,

[...] na verdade não há divergência alguma: do ponto de vista da parte favorecida pela presunção, é pertinente falar em um *alívio* no ônus da prova, já que esta deve provar o fato-base, pressuposto da presunção; do ponto de vista do adversário, é preferível falar em uma *inversão* do ônus da prova, pois se deve provar o contrário do fato presumido.<sup>94</sup>

As presunções legais absolutas, por serem normas de direito material e não processual, e por não admitirem prova em contrário na tentativa de desfazer o que dispõem, não podem ser consideradas instrumentos de inversão do ônus da prova.

## 1.7 Momento de produção da prova

A indicação das provas deve se dar, pelo autor, na petição inicial, e, pelo réu, na contestação ou defesa apresentada.

Geralmente, as partes fazem menção genérica das provas e protestam, em suas peças iniciais, pela produção de todas as provas em direito admitidas, embora tal conduta

<sup>92</sup> Rui Manoel de Freitas Rangel. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 230, apud Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 260.

<sup>93</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 40.

<sup>94</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 252.

não enseje a melhor técnica, visto que em desacordo com os arts. 282, VI, e 300 do Código de Processo Civil, que determinam que as provas devem ser especificadas na petição inicial e contestação.<sup>95</sup>

No entanto, quando tal especificação particularizada não é realizada nas peças iniciais, ao longo do processo haverá o momento da especificação das provas que, segundo João Batista Lopes, “consiste na individualização ou particularização dos meios de prova pretendidos”.<sup>96</sup>

A audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo Civil é o momento próprio e adequado para a especificação das provas.

Segundo João Batista Lopes, “ao revés do que resulta de mera interpretação literal, a audiência de que trata esse artigo não é de simples tentativa de conciliação, mas constitui ato complexo que compreende tentativa de conciliação, fixação dos pontos controvertidos, especificação de provas, etc.”.<sup>97</sup>

Se em determinado processo, em razão da especificidade do caso, o juiz optar por não designar tal audiência, deverá, por despacho, ordenar que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, em tempo razoável pelo julgador fixado.

A especificação mostra-se desnecessária apenas em casos de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330 do Código de Processo Civil.

A produção da prova em si mesma ocorrerá em momentos diversos, de acordo com o meio de prova em questão.

---

<sup>95</sup> Art. 282. A petição inicial indicará:

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

<sup>96</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 53.

<sup>97</sup> Idem, *ibidem*, p. 53.

O Código de Processo Civil especifica os momentos de realização das provas nele elencadas.

A prova testemunhal deverá ser colhida em audiência, podendo se dar em audiência de instrução e julgamento, audiência para este fim específico – por exemplo, as testemunhas ouvidas via carta precatória, em comarcas diferentes –, audiência realizada em ação cautelar preparatória, ou mesmo oitiva da testemunha em sua casa, em hospitais, dependendo do caso concreto, nos termos do art. 336 do Código de Processo Civil.<sup>98</sup>

A prova pericial, por sua vez, pode ser realizada em laboratórios, hospitais, repartições públicas etc., ou no local onde se encontra o bem a ser periciado (p. ex., em uma garagem de veículos). Externar-se-á nos autos mediante a apresentação de laudo pericial ou da oitiva em audiência dos peritos.

A prova documental, em regra, deve acompanhar a primeira fala das partes no processo. Assim, o autor deve juntar os documentos que comprovam suas assertivas já na petição inicial; por seu turno, o réu deve o mesmo fazer em sua peça de defesa, nos termos do art. 396 do Código de Processo Civil.<sup>99</sup>

Contudo, documentos obtidos posteriormente a tais fases processuais, em virtude de fatos ocorridos também posteriormente ou, no caso de a parte tomar conhecimento da existência do documento posteriormente, ou, ainda, caso o interessado apenas tenha tido acesso ao documento posteriormente, por inúmeras razões, podem ser juntados em momento futuro.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência. Parágrafo único. Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

<sup>99</sup> Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

<sup>100</sup> Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

A inspeção judicial, por sua parte, por expressa autorização legal, nos termos do art. 440 do Código de Processo Civil, pode ser realizada a qualquer tempo.<sup>101</sup>

O mesmo se diga do depoimento pessoal, quando requerido pelo juiz.<sup>102</sup> Quando este meio de prova, porém, for requerido pelas partes, deverá o depoimento ser prestado em audiência de instrução e julgamento, momento em que poderá a parte adversa interrogar o depoente, conforme preceitua o art. 343 do citado diploma processual.

## 1.8 Classificação

A prova poderá apresentar diversos tipos de classificações, dependendo da vertente analisada. Contudo, é importante salientar que as classificações variam de acordo com cada doutrinador.

No presente estudo, elencar-se-ão as classificações mais comuns e usuais, classificações estas introduzidas nos sistemas por Framarino Malatesta.<sup>103</sup>

Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta.

Classifica-se como direta a prova quando diz respeito ao próprio fato discutido em juízo; já a prova indireta concerne a um outro fato que, por raciocínio lógico, leva-se a crer que o fato discutido é verdadeiro.

Assim, a prova direta é

[...] meio de prova pelo qual o juiz relaciona automaticamente a prova com o fato *probandum*. A prova indireta (indiciária), por sua vez, exige

<sup>101</sup> Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

<sup>102</sup> Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

<sup>103</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 53.

que o juiz estabeleça um raciocínio dedutivo, fundamentado em regras da experiência para concluir que do fato indireto decorre o fato direto.<sup>104</sup>

Quanto à fonte, a prova pode ser classificada como pessoal ou material.

A prova pessoal atesta o consciente e ocorre quando determinada pessoa diz, atesta o que viu, o que sabe, enquanto a prova material, também chamada de real, é aquela que se deduz do estado das coisas.<sup>105</sup>

João Batista Lopes classifica as provas, no que tange ao sujeito, como pessoal (prova consistente em declaração ou afirmação sobre a veracidade de um fato, como o depoimento testemunhal e o depoimento pessoal) ou real (prova consistente no próprio fato e suas circunstâncias, por exemplo, a posição em que se imobilizaram os veículos após um acidente de trânsito, vazamentos provocados por obras em prédio vizinho etc.).<sup>106</sup>

Igualmente, Moacyr Amaral Santos classifica as provas quanto ao sujeito em pessoal ou real.<sup>107</sup>

Na verdade, trata-se da mesma explicação e classificação, visto que, segundo Moacyr Amaral Santos, quando esclarece os critérios de classificação da prova, informa que “sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova, a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência ou inexistência do fato probando”,<sup>108</sup> o que não deixa de ser um conceito de “fonte de prova”.

Quanto à forma (modalidade, maneira em que se apresentam), temos a prova oral, que engloba a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a confissão, a prova documen-

<sup>104</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 265.

<sup>105</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 68.

<sup>106</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 32-33.

<sup>107</sup> Para o citado autor, “prova pessoal de um fato consiste na revelação consciente, feita por uma pessoa, das impressões mnemônicas que o fato imprimiu no seu espírito. Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu”. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 55.

<sup>108</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 53.

tal, formada por documentos escritos ou não, e a prova material, consistente em qualquer material que sirva de prova do fato, por exemplo, os exames periciais, os instrumentos do crime.<sup>109</sup>

No tocante à preparação, fala-se em prova pré-constituída e prova casual. Prova pré-constituída é aquela produzida com a finalidade de demonstrar a veracidade de algo, como faz exemplo o instrumento público realizado em cartório extrajudicial; já as provas casuais são feitas sem a finalidade de serem utilizadas em juízo, como uma fotografia, uma carta. Esta última trata-se de classificação trazida por Bentham.

## 1.9 Princípios relativos à prova

Como todo ramo do direito, a teoria geral da prova também possui uma princiologia própria, que embasa seus fundamentos e toda a sua evolução.

Veremos, assim, alguns princípios importantes para melhor entendermos a teoria geral da prova da maneira como hoje ela está estruturada.

a) Princípio da autorresponsabilidade – a parte é responsável pela prova que produz (p. ex., caso seja uma prova ilícita, adulterada) ou deixa de produzir. As partes arcam com as consequências de sua atividade ou inatividade probatória.

É com base neste princípio que a lei estabelece o ônus da prova às partes e, em seu art. 333, o Código de Processo Civil distribui tal ônus, a fim de que as consequências da

---

<sup>109</sup> Na lição de Moacyr Amaral Santos, “não é a mesma a forma por que se apresentam as provas pessoais e reais. A exteriorização do pensamento humano se dá ou por forma passageira da palavra fônica, ou por forma permanente da palavra escrita ou gravada. Por isso, do ponto de vista da prova, eis as duas formas específicas e fundamentais da afirmação da pessoa: afirmação oral, ou *testemunho*; afirmação escrita, ou *documento*. A prova real não admite senão uma única forma: a apresentação da materialidade inconsciente da coisa, na própria materialidade das suas formas. E, pois, quanto à forma, a prova real é sempre *material*” (*Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 55-56).

inatividade probatória possam recair sobre aquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

Para Echandía, as partes dispõem de liberdade para levar ou não ao processo a prova dos fatos que as beneficia ou, ao contrário, que pode prejudicá-las; pelo princípio da autorresponsabilidade, “pode-se dizer que às partes é possível colocar-se em uma total ou parcial inatividade probatória, por sua conta e risco”.<sup>110</sup>

Estudaremos melhor o ônus da prova e suas consequências no terceiro capítulo deste trabalho.

b) Princípio da audiência contraditória ou bilateralidade da audiência – é o direito à contraprova, direito de manifestação da parte contrária sobre as provas produzidas. A toda prova produzida por uma das partes deve-se dar a oportunidade para a outra parte confrontá-la, contraditá-la. Se a prova é produzida de ofício pelo julgador, a ambas as partes deve ser concedido prazo razoável para manifestação nos autos acerca da nova prova colhida.

Tal princípio é fruto de princípios maiores que regem todo o direito, quais sejam os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos constitucionalmente.<sup>111</sup>

Para Nelson Nery Jr.,

[...] por contraditório deve-se entender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da *obrigação de noticiar (Mitteilungspflicht)* e da *obrigação de informar*

<sup>110</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 138-139 (tradução livre). No original: “la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicalas; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta e riesgo”.

<sup>111</sup> Art. 5.º da Constituição Federal. 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.

(*Informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. [...] O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária.<sup>112</sup>

Pelo princípio do contraditório, o julgador tem o dever de dar o mais amplo acesso às partes aos autos e ampla possibilidade de estas se manifestarem no processo, dentro dos prazos legais, de modo paritário, ou seja, dando às partes as mesmas oportunidades e instrumentos processuais, quando “diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais”.<sup>113</sup>

Por sua vez, o princípio da ampla defesa, nas palavras de Nelson Nery Jr.,

[...] significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contras as decisões judiciais e administrativas. [...] Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.<sup>114</sup>

c) Princípio da aquisição processual ou comunhão da prova – toda prova integra o conjunto probatório; a prova pertence aos autos, e não ao autor ou ao réu.

Uma vez produzida a prova, ela incorpora-se ao processo, sendo, a partir de então, irrelevante quem a produziu. A prova torna-se pública, comum a ambas as partes e integrante do conjunto probatório, podendo favorecer ou desfavorecer quaisquer dos litigantes. Ainda, os efeitos da prova são comuns para todos os sujeitos processuais.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira,

<sup>112</sup> Nelson Nery Jr., *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 206-207.

<sup>113</sup> Idem, *ibidem*, p. 244.

<sup>114</sup> Idem, p. 206-207.

[...] basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa sua origem. 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 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 seu adversário. A isso se chama o “princípio da comunhão da prova”: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem faz, pertence ao processo; pouco importa sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos pela iniciativa do juiz.<sup>115</sup>

#### d) Princípio da lealdade processual.

Ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que,

[...] sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter repostas às suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sociopolítica, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins.<sup>116</sup>

Para Echandía, se a prova é comum, se é tida como uma unidade e apresenta função de interesse geral, não pode ser usada para deformar a realidade, para induzir o juiz a erro.<sup>117</sup>

A função da prova é reconstruir fatos, comprovar alegações, para que se chegue a uma sentença justa, de acordo com o que realmente ocorreu no mundo dos fatos, aplicando-se o direito de forma justa e correta. Assim, se as partes se utilizam de má-fé quando da

<sup>115</sup> José Carlos Barbosa Moreira. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1984, n. 35, p. 181, apud Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 27.

<sup>116</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, p. 77.

<sup>117</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 121.

instrução probatória, não se chega a esta reconstrução idônea, o que poderá levar o julgador a erro, em total desrespeito à justiça.

Pode a parte permanecer inerte. A prova não lhe é um dever, uma obrigação, mas um ônus. Entretanto, se opta por agir, por produzir prova nos autos, deve fazê-lo com lealdade, boa-fé e verdade.

É nesta busca que o Código de Processo Civil, em diversos dispositivos, prevê a incidência do princípio da lealdade processual.

Podemos citar como exemplos os arts. 14, 15, 17 e 18 do Código Instrumental, que preveem os deveres das partes e de seus procuradores no processo, bem como dispõem sobre a responsabilidade das partes pelo dano processual, tratando da má-fé processual.<sup>118</sup>

Importante frisar que este princípio aplica-se não só às partes, mas também às testemunhas, peritos, serventuários, tradutores e intérpretes etc., ou seja, a todos os que atuam nos autos e possam influir na decisão judicial.

<sup>118</sup> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

e) Princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional – arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil.

Diferentemente do que dispõe o critério positivo ou legal de valoração das provas, também chamado de sistema da prova legal, tarifado ou da certeza moral do legislador, no qual as provas possuem valores predeterminados em lei (também chamada de “prova tarifada”) e há uma margem mínima de discricionariedade por parte do julgador, no sistema da livre convicção, íntima convicção ou certeza moral do julgador, o juiz é livre para apreciar e valorar as provas produzidas no processo de acordo com sua íntima convicção, como o próprio nome diz, não estando vinculado a qualquer regra legal, sistema esse que ainda pode ser encontrado nos julgamentos do júri popular, com certas atenuações.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “o primeiro (*prova legal*) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no polo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova”.<sup>119</sup>

No entanto, o sistema que atualmente prevalece em nosso ordenamento é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Segundo esse sistema, seguido pelo nosso Código de Processo Civil, o julgador tem a liberdade para valorar a prova, mas deve motivar seu julgamento.<sup>120</sup>

Todas as decisões exaradas no processo devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, por meio da demonstração da formação do raciocínio do juiz, de como foi

<sup>119</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, p. 73.

<sup>120</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

persuadido etc. O julgador deve sociabilizar seu convencimento, visto que sua convicção, apresentada em suas razões de decidir, não pode ser diferente daquela de qualquer pessoa que analise o processo.

Para João Batista Lopes,

[...] 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 suas impressões pessoais ou escorado em elementos colhidos fora dos autos, mas deve atender ao conjunto probatório e às regras jurídicas e de experiência.<sup>121</sup>

No entanto, mesmo dentro do sistema da persuasão racional, o legislador, em certos casos, não confere ao julgador plena liberdade na apreciação das provas.

A ideia de hierarquia entre as provas não é estranha ao nosso sistema.<sup>122</sup> Para comprovar essa alegação, citam-se os arts. 400, 401 e 366 do Código de Processo Civil, que indicam as provas necessárias para se comprovar determinado fato alegado.<sup>123</sup>

Entretanto, ensina João Batista Lopes que “essas disposições devem, porém, ser consideradas exceções ao princípio geral de que as provas têm valor relativo e de que cabe ao juiz apreciá-las segundo o critério da persuasão racional”.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 47.

<sup>122</sup> Idem, *ibidem*, p. 49.

<sup>123</sup> Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

[...]

II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

<sup>124</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 50.

f) Princípio da publicidade – art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 155 do Código de Processo Civil<sup>125</sup>

Processos são atos públicos, exceção feita às ações em que a lei impõe o segredo de justiça.

Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio da publicidade do processo constituiu garantia importante do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. Citam como exemplos a presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa, representando seguro instrumento de fiscalização popular sobre o trabalho dos magistrados, promotores públicos e advogados.

Em última análise, o povo é o juiz dos juizes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões não de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo. [...] O princípio da publicidade é garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.<sup>126</sup>

g) Princípio dispositivo e princípio inquisitivo – arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440 do Código de Processo Civil.

A prova, em regra, é de iniciativa das partes. O julgador, ao presidir a instrução dos autos do processo, tem que buscar a verdade real (fatos realmente ocorridos) e não se contentar com a mera verdade formal (o que se encontra nos autos). Assim, com base nessa

<sup>125</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I – em que o exigir o interesse público;

II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

<sup>126</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, p. 75.

premissa é que se entende que o julgador pode determinar a realização de provas de ofício para formar sua convicção, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, que prevê que “caberá ao juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Há, atualmente, dois modelos que fixam os papéis das partes e do julgador na atividade probatória, ou seja, os poderes atribuídos a cada um desses sujeitos processuais.

Pelo princípio dispositivo, cabe às partes a iniciativa probatória, de acordo com os ônus da prova imposto por lei. Tal sistema é tradicional nos países anglo-saxônicos (*common law*).

Já o princípio inquisitivo atribui maiores poderes ao juiz, que passa a ter uma postura mais ativa na instrução processual, sendo esse sistema característico da Europa Continental e da América Latina (*civil law*).<sup>127</sup>

Segundo Barbosa Moreira,

[...] perceba-se que limitar a atuação probatória do estado-juiz, deixando aos litigantes (e seus advogados) a tarefa de reunir toda a prova do quanto alegado, não é uma opção estritamente técnica dos ordenamentos anglo-saxônicos e seus *adversarial system*. É, nitidamente, uma opção político-ideológica decorrente da prevalência de um ideário liberal e individualista. O processo seria equiparado a um duelo, uma competição desportiva entre as partes, que travariam um embate livre, com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas “regras do jogo”. Entretanto, a legitimidade deste modelo pressupõe a existência de um equilíbrio mínimo entre os adversários (litigantes), que devem confrontar-se com paridade de armas, o que nem sempre ocorre. Não raro, enfrentam-se indivíduos com capacidade econômica e posição social totalmente distintas, podendo a parte mais forte contar com advogado mais eficiente e habilidoso na condução da atividade probatória, por exemplo. E, diante da inércia institucionalizada do julgador, o resultado da prova pode restar desvirtuado.<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 20.

<sup>128</sup> José Carlos Barbosa Moreira. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *Temas de direito processual* – nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65-67, apud Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 20-21.

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra,

[...] diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada sua finalidade preponderantemente sociopolítica, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. [...] À vista disso, quando a causa não penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal. Nas causas versando direito de família ou infortúnica, de longa data se faz presente o órgão do Ministério Público e o juiz não está vinculado ao impulso das partes.<sup>129</sup>

O mesmo entendimento encontramos em importante julgado do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 192681/PR, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que dispõe:

Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade, ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. O Código acolheu o princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do juiz (v. Exposição de Motivos n.º 18), haja vista que a publicização do processo e a socialização do direito implicam, cada vez mais, a busca da verdade real. O juiz, entretanto, somente deverá tomar a iniciativa probatória quando a prova se fizer necessária “ao conhecimento da verdade que interessa ao melhor e mais justo julgamento da causa”. Essa iniciativa reclama, no entanto, estado de perplexidade do julgador em face de provas contraditórias, confusas, incompletas ou de cuja existência o juiz tenha conhecimento. A iniciativa probatória do juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita à preclusão (Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 6.ª ed., 1996, art. 130, p. 98). Como já anotado, ao julgador, no processo civil contemporâneo, é dada a iniciativa probatória. A propósito, já tive ensejo de assinalar que o apego às normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-

<sup>129</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, p. 70-71.

se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado inclusive pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.

A doutrina brasileira, em sua maioria, ainda defende a incidência em nosso ordenamento do princípio dispositivo. Todavia, como relatado no acórdão acima, não há como negar a existência, cada vez maior, de uma visão publicista do processo, conferindo-se ao Estado-juiz maiores poderes instrutórios.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, comentando o art. 130 do Código de Processo Civil,

[...] ao conferir poderes de iniciativa probatória ao juiz, o legislador praticamente abandonou o denominado princípio dispositivo, não obstante boa parte da doutrina o considere aplicável ao processo civil brasileiro, devendo o juiz contentar-se com a *verdade formal*. Essa postura é, todavia, inaceitável. Primeiro, porque contraria frontalmente a regra do art. 130. Além disso, a expressão *verdade formal* pode ser compreendida também como *mentira formal* e não se admite seja a tutela jurisdicional fundada em juízo dessa natureza.<sup>130</sup>

A mitigação do princípio dispositivo puro tem como fins maiores a busca da verdade real e a garantia da isonomia processual das partes.

Muitas vezes a não atuação das partes se deve a fatores outros como incapacidade econômica, cultural, acompanhamento técnico deficiente etc. Assim, não pode o julgador ignorar tais fatores e realizar um julgamento formal. Deve, ao contrário, proporcionar uma igualdade substancial entre as partes processuais, conforme os ditames constitucionais, para que estas possam litigar em pé de igualdade.

Dentre estas posturas do juiz, possíveis de atribuir maior igualdade processual, estão seus poderes probatórios, na busca da verdade real.

Para José Roberto dos Santos Bedaque,

---

<sup>130</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 397.

[...] a visão do “Estado-social” não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas. A real igualdade das partes no processo somente se verifica quando a solução encontrada não resultar de superioridade econômica ou da astúcia de uma delas. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.<sup>131</sup>

Os juristas Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira defendem que se confirmam poderes instrutórios ao julgador, sustentando que isto não fere o princípio dispositivo. Explicam que tal princípio está ligado à relação jurídica material veiculada no processo, e não à atuação processual. Mesmo que a causa verse sobre direitos disponíveis, o direito processual é instrumento para a busca da verdade, possuindo o juiz iniciativa probatória para determinação dos fatos postos pelas partes.

Também defendem que o princípio inquisitório não fere o princípio da isonomia, pelo contrário, a atividade instrutória do juiz tem por finalidade, mantida sua imparcialidade, por fim ao desequilíbrio porventura existente entre as partes, por razões econômicas, sociais, etc., visto que, na prática, nem sempre as partes possuem as mesmas oportunidades e facilidades de produção da prova.

Por fim, sustentam que a persecução probatória pelo juiz não retira sua imparcialidade, uma vez que sua atuação não favorece, *a priori*, qualquer das partes, visto que não se sabe, de antemão, o resultado da prova a ser produzida, a quem ela beneficiará. O que se busca é, “tão somente, uma apuração mais profunda e completa dos fatos que lhe são postos para análise”.<sup>132</sup>

Para Cândido Rangel Dinamarco,

[...] diante da omissão das partes, o juiz deve determinar de ofício a realização de provas em causas associadas ao *estado* ou à *capacidade das pessoas* [...]; também nas ações coletivas [...]; e, em causas de qualquer espécie, quando se aperceber de que a omissão é fruto da pobreza, de

<sup>131</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 398.

<sup>132</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 23-24.

deficiências culturais das partes ou da insuficiência do patrocínio que lhes está ao alcance (especialmente em casos de *assistência judiciária*), etc. De um modo geral, ele tem também esse dever sempre que os próprios elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem de modo idôneo a existência de outros inexplorados pelas partes e relevantes para o bom julgamento da causa (*testemunha referida*, requisição de documentos, perícias que venham a mostrar-se indispensáveis, inspeções judiciais, etc.): novas diligências determinadas pelo juiz nessas circunstâncias são genericamente autorizadas pelo art. 130 do Código de Processo Civil e concorrem para o correto exercício da própria função jurisdicional.<sup>133-134</sup>

Ensina Moacyr Amaral Santos, citando o jurista Betti, que

[...] na determinação dos fatos por provar tem plena aplicação o princípio da *disposição das partes*, ficando o juiz vinculado à afirmação das partes com referência à apresentação dos fatos – salvo, naturalmente, o exame das possibilidades naturais e da relevância jurídica dos fatos afirmados. [...] Já não acontece o mesmo no momento da averiguação dos fatos ou da produção, propriamente, das provas. Tratando-se de *descobrir a verdade*, não é possível que a apreciação do juiz fique adstrita à vontade dos litigantes.<sup>135</sup>

Ainda, cumpre observar que as provas produzidas por iniciativa oficial sofrerão o devido contraditório, podendo as partes sobre elas se manifestar, inclusive sobre seu meio de obtenção. E, por fim, é certo que o julgador é obrigado constitucionalmente a motivar suas decisões. Assim, se levar em consideração determinada prova para decidir pela procedência ou não do pedido, deverá justificar tal escolha, de modo lógico e racional, fundamentando a decisão tomada.

<sup>133</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 54-55.

<sup>134</sup> Em outra obra de sua autoria, Cândido Rangel Dinamarco, no mesmo sentido, leciona que: “Se o juiz cruza os braços e espera a instrução que virá das partes, ele poderá desviar-se dos rumos preferidos pelo ordenamento jurídico-material, porque a prova mal feita lhe oferece para o julgamento um quadro fático que não corresponde ao real: ele declarará direitos sem que haja base fática para isso, ou negará direitos apesar de na realidade ter-se configurado a *fattispecie* concreta prevista em lei. Se o juiz, ao contrário, fosse indefinidamente em busca da verdade real, ele estaria dando ao conflito significado talvez maior do que tem para os contentores e, também, alongando a duração do processo e retardando a oferta de seu produto final. O equilíbrio, que transparece como meio de convivência entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, tem raízes mais profundas e o significado teleológico de busca da harmonia entre exigências vindas de diferentes polos de atração de todas as atividades jurisdicionais” (*Instrumentalidade do processo*, p. 295).

<sup>135</sup> Betti. *Direito processuale civile*. 2. ed. 1936, apud Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária noível e no comercial*, v. 1, p. 107.

João Batista Lopes discorda da posição doutrinária tradicional que sustenta a aplicação, ao processo civil, do princípio da verdade formal, vigorando apenas no processo penal o princípio da verdade material.

Conclui o citado jurista que “a atividade jurisdicional é una e indivisível e os objetivos colimados não diferem em função da natureza do processo”.<sup>136</sup>

Em um sistema que visa, modernamente, à busca da verdade real, importante a atuação do juiz nesta busca.

### 1.10 Direito fundamental à prova

O direito à prova é meio para que se atinjam diversos princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e o acesso à justiça.

O direito à prova possui caráter instrumental e sua finalidade é o alcance de uma tutela jurisdicional justa, condizente com os fatos ocorridos. Por isso, o direito à prova deve ser efetivo, a fim de que seja realizada justiça no caso concreto.

É direito subjetivo constitucional das partes demonstrarem o que alegam.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> João Batista Lopes, *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*, p. 26.

<sup>137</sup> “Agravo de instrumento. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Dilação probatória. Deferimento de prova pericial. Ausência de razões robustas para obstaculizar o exercício do direito fundamental à prova. Devido processo legal. A restrição do direito à prova, para ser constitucional, precisa revelar-se como uma limitação razoável à luz das garantias constitucionais da ação e da defesa, não podendo haver a completa subtração dos meios de prova idôneos para demonstrar a consistência da pretensão e/ou da exceção (*lato sensu*). A interpretação conforme os direitos fundamentais impõe que as limitações ao direito à prova sejam proporcionais, porque os meios de prova não podem ser ‘desacreditados *a priori*, tampouco pode haver a supressão da possibilidade de o juiz vir a conhecer adequadamente os fatos pertinentes ao julgamento da causa, tendo em vista a justiça material da decisão. *In casu*, as razões recursais não ostentam a robustez idônea a obstaculizar o exercício do direito fundamental à prova, de cuja prioridade decorre o ônus argumentativo daquele que postula o impedimento da produção de determinada prova para fins de convencimento judicial. Prova pericial postulada que guarda relação com o *thema probandum* e com a tese defensiva acerca da culpabilidade. Razão recursal delineada para fins de macular a idoneidade da perícia não suscitada quando da postulação probatória da parte adversa, tampouco utilizada como razão de decidir para fins de deferimento da prova técnica. Agravo de instrumento improvido em decisão monocrática (TJRS, 12.<sup>a</sup> Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70024727554, Rel. Judith dos Santos Mottecy, j. 18.06.2008).

Para Echandía, assim como existe um direito subjetivo de ação, para iniciar o processo e obter dele uma sentença, pode-se afirmar que existe um direito subjetivo de provar, no processo, os fatos dos quais se intenta deduzir a pretensão formulada ou a exceção proposta.<sup>138</sup>

Isso porque os cidadãos possuem não só o direito ao acesso à justiça, ou seja, o direito a obterem uma sentença judicial que coloque fim à lide, mas também, mais do que isso, o direito a uma ordem jurídica justa, ou seja, à obtenção de uma decisão realmente efetiva e que gere a almejada pacificação social.<sup>139</sup>

Para Artur Carpes,

[...] justamente nessa seara é que se pode falar em um direito fundamental à prova, como corolário do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. A falha na formação do juízo de fato obstaculiza a adequada tutela do direito. Se a formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva tutela jurisdicional, é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental.<sup>140</sup>

Assim, as partes devem possuir a oportunidade de se valerem de todas as fontes e meios de prova admitidos, direito de deduzir as provas que entendam cabíveis e necessárias à elucidação da causa, de ter admitidas tais provas pelo juízo, direito de efetivamente produzir provas e ter sua valoração realizada conforme os ditames legais.<sup>141</sup>

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco,

<sup>138</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 35. E conclui: “En cuanto al demandado e imputado o procesado se refiere, es claro que sin derecho de probar no existiría audiencia bilateral, ni contradictorio efectivo, ni se cumpliría la exigencia constitucional de oírlo y vencerlo para condenarlo; en relación al demandante, es igualmente indudable que sin el derecho de probar resultaría nugatorio el ejercicio de la acción e ilusório el derecho material lesionado, discutido o insatisfecho”.

<sup>139</sup> No item 3.5.1.2, estudaremos mais precisamente o princípio do acesso à justiça e efetividade do processo – direito fundamental à ordem jurídica justa.

<sup>140</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 87.

<sup>141</sup> Idem, *ibidem*, p. 88.

[...] direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento. Ele é exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova. [...] pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o justo processo.<sup>142</sup>

Entretanto, o jurista citado ressalta que este direito não é irrestrito, devendo respeitar os limites impostos pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias que, por exemplo, vetam a prova obtida por meio ilícito.

O direito à prova é organizado e regido pelas normas legais.

---

<sup>142</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 46-47.

## 2 DOS ALIMENTOS

### 2.1 Noções gerais

Segundo ensina Yussef Said Cahali, o ser humano, desde sua concepção, é um ser carente por natureza, e, por um princípio natural inquestionável, deve ter suas necessidades supridas por seus genitores, até que adquira meios de, por si só, prover sua subsistência. No entanto, mesmo após atingir a idade adulta, pode a pessoa necessitar, momentânea ou permanentemente, da ajuda do próximo, quer em razão de velhice, doenças, incapacidade para o trabalho etc.

Assim, nasce o dever, moral e natural, de auxiliar quem se encontra necessitado.

Contudo, esse dever moral de assistência consubstanciou-se em obrigação legal, verificados certos pressupostos. Desse modo, a obrigação alimentar trata-se de obrigação jurídica que traduz o “fundamento moral do instituto, calcado na solidariedade que nasce da comunhão de sangue, de nome, de afeto”.<sup>143</sup>

Trata-se do direito de sobreviver com dignidade que todos os cidadãos possuem, direito este que deve ser tutelado pelo Estado e pela sociedade.

Para Maria Berenice Dias, o maior compromisso do Estado para com seus cidadãos é garantir-lhes a vida. E com base neste compromisso e dever é que o direito, advindo do Estado, torna jurídica a obrigação alimentar, antes meramente moral e de caridade, de as pessoas prestarem alimentos umas às outras, de modo a garantir a todos o direito à vida digna.

---

<sup>143</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 29-30.

Leciona a autora que

[...] todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1.º, III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Os parentes são os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios. A lei transformou os vínculos afetivos que existem nas relações familiares em encargo de garantir a subsistência dos demais parentes. Trata-se do dever de mútuo auxílio transformado em lei. Aliás, este é um dos motivos que leva a Constituição a emprestar especial proteção à família (CF 226). Assim, parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse ônus. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos (CF 5.º, LXVII).<sup>144145</sup>

Defendendo-se o direito aos alimentos, está-se defendendo também o direito à vida, protegido pelo Estado.

Neste sentido que a doutrina entende o caráter publicista das normas disciplinadoras da obrigação alimentar.

Para Yussef Said Cahali,

[...] embora sendo o crédito alimentar estritamente ligado à pessoa do beneficiário, as regras que o governam são, como todas aquelas relativas à integridade da pessoa, sua conservação e sobrevivência, como direitos inerentes à personalidade, normas de ordem pública, ainda que impostas

<sup>144</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 450.

<sup>145</sup> No mesmo sentido Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, que ensinam que “o que, originariamente, não passava de um dever moral ou ético entre os membros da família – a *caritas sanguinis* ou *officium pietatis* do direito romano –, transformou-se em obrigação jurídica de assistência, que pode, inclusive, ser imposta por violenta sanção, que é a pena de prisão. [...] Dada a importância dos alimentos, fundamental que, sem desprezo do seu sentido ético, fosse-lhes atribuído o caráter de dever jurídico, que, como tal, reveste-se de exigibilidade e coercibilidade” (*Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 22-23).

por motivo de humanidade, de piedade ou solidariedade, pois resultam do vínculo de família, que o legislador considera essencial preservar.<sup>146-147</sup>

Disto resultam características especiais ao instituto, que serão estudadas em tópico próprio.

Caso não houvesse a obrigação alimentar legal, possível que as pessoas, por simples dever moral, não auxiliassem, como querem o Estado e a sociedade, seus entes próximos e aqueles a quem, por exemplo, pela prática de um ato ilícito, provocaram prejuízos irreparáveis. Assim, caberia ao próprio Estado, e à sociedade como um todo, prover tais pessoas necessitadas, garantindo-lhes uma vida digna.

Isso porque, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, o direito aos alimentos relaciona-se não só à vida e integridade física da pessoa, mas também à realização da dignidade humana, decorrente do princípio da solidariedade.<sup>148</sup>

Não é porque a pessoa não pode prover a própria subsistência que deve ser relegada ao infortúnio. A pouca idade, a velhice, a doença, a falta de trabalho ou qualquer incapacidade podem colocar qualquer pessoa em estado de necessidade alimentar. Assim, a sociedade deve prestar-lhe auxílio. Ocorre que o Estado designa, em primeiro lugar, os parentes para fazê-lo, aliviando em parte seu encargo social. “Daí decorre, igualmente, o interesse público em matéria de alimentos. Como vemos, a obrigação alimentar interessa ao Estado, à sociedade e à família.”<sup>149</sup>

### 2.1.1 Conceito

O Código Civil não conceitua alimentos em seu capítulo específico (Livro IV – Do Direito de Família; Título II – Do Direito Patrimonial; Subtítulo III – Dos Alimentos).

<sup>146</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 32.

<sup>147</sup> Para Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, “além de se basear no interesse egoístico-patrimonial próprio do alimentando, a obrigação alimentícia também se funda no denominado interesse público familiar, assim considerado o interesse social na preservação da vida humana” (*Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 24).

<sup>148</sup> Rodrigo da Cunha Pereira, *Teoria geral dos alimentos*, p. 1-2.

<sup>149</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 373.

Entretanto, no art. 1.920, quando trata dos legados, dá um conteúdo legal ao termo, ao dizer que “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”.

É o único conceito legal que temos de alimentos, que serve de base para doutrina e jurisprudência.

Para Yussef Said Cahali,

[...] a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.<sup>150</sup>

Para o autor, os alimentos são uma modalidade de assistência imposta por lei, que obriga determinada pessoa a subsidiar recursos à subsistência, física, moral e social de outro indivíduo.

Para Silvio Venosa, alimentos, juridicamente, possuem significado mais amplo do que o entendemos em linguagem comum, compreendendo, “além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência”.<sup>151</sup>

Na lição de Maria Berenice Dias, a expressão “alimentos” vem adquirindo dimensão cada vez mais abrangente, englobando tudo o que é necessário para alguém viver com dignidade.<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 15-16.

<sup>151</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 372.

<sup>152</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 452.

Neste mesmo sentido Francisco Viera Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, para quem os alimentos estão sujeitos a uma causa jurídica prevista em lei, que impõe a dado sujeito (alimentante) o dever de satisfazer os reclamos da vida daquele que não pode provê-los por si (alimentando), compreendendo

[...] tudo quanto o necessário para satisfazer as necessidades vitais de uma pessoa, quer seja no seu aspecto físico (sustento, vestuário, moradia, medicamentos), quer seja no seu aspecto moral e social (educação, lazer, manutenção do padrão de vida). Englobam, pois, tudo o que é preciso para viver com dignidade.<sup>153</sup>

O jurista Araken de Assis, ao tratar do tema, não deixa olvidar que os alimentos devem abranger também o lazer do alimentando, indispensável atualmente.<sup>154</sup>

### 2.1.2 Modalidades

Os alimentos são classificados pela doutrina como naturais (ou necessários) ou civis (ou cōngruos).

Em breve síntese, os alimentos naturais são os indispensáveis à subsistência da pessoa, a seu sustento, compreendendo os gastos com alimentação, vestuário, habitação, saúde. Trata-se de conceito mais estrito, abarcando somente o necessário à subsistência do alimentando.

Já os alimentos civis “são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e *status* social do alimentante”.<sup>155</sup>

A regra geral, conforme previsão do art. 1.694 do Código Civil, é a condenação ao pagamento dos alimentos civis, sendo os alimentos naturais exceções expressamente previstas em lei, em razão do seu caráter restrito.

<sup>153</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 5.

<sup>154</sup> Araken de Assis, *Manual da execução*, p. 982.

<sup>155</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 452.

Para Silvio Venosa, alimentos civis ou cômputos incluem os meios suficientes para satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado.<sup>156-157</sup>

Entende-se abarcado neste conceito de “outras necessidades” todo o necessário para a educação, lazer, manutenção do *status* social do alimentando etc.

Para Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande,

[...] enquanto os alimentos naturais procuram apenas satisfazer as necessidades mais prementes do credor, os alimentos civis visam a manutenção da sua qualidade de vida, de maneira a preservar o padrão de vida e o *status* social.[...] O fato é que os alimentos naturais ou necessários limitam-se ao *necessarium vitae*, enquanto os alimentos civis ou cômputos compreendem o *necessarium personae*, sendo fixados conforme a condição social da pessoa necessitada, os recursos da pessoa obrigada e as próprias exigências do ambiente em que vivem.<sup>158</sup>

No entanto, entende a doutrina que mesmo os alimentos naturais devem abarcar um conteúdo mínimo, razoável, capaz de assegurar a dignidade do credor.<sup>159</sup>

A diferenciação se dá de acordo com a existência ou não de culpa do pretendente aos alimentos quanto ao término do casamento, da união estável, ou quanto ao estado em que se encontra.

Nos termos do art. 1.694, § 2.º, do Código Civil, podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua

<sup>156</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 372.

<sup>157</sup> Para Yussef Said Cahali, “quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, diz que são *alimentos naturais*; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive a recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae* e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são *alimentos civis*” (*Dos alimentos*, p. 18).

<sup>158</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 8.

<sup>159</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 8.

educação. Entretanto, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Isso porque não visa a lei fomentar a ociosidade e o parasitismo, mas sim socorrer aos necessitados.

Há casos de julgados indeferindo o direito aos alimentos em situações de má-fé e vadiagem por parte do alimentando.<sup>160</sup>

Também o art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil prevê o pagamento de alimentos naturais, apenas, no caso do cônjuge declarado culpado na separação judicial ou divórcio do casal que vier a necessitar de alimentos, não tendo parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho. Determina a lei que o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

A doutrina atual, porém, entende que não há mais discussão de culpa em ações de separação ou divórcio (e nunca houve em ações de reconhecimento e dissolução de união estável), conforme inovação trazida pela Emenda Constitucional 66/2010.<sup>161</sup>

Assim, os alimentos, nestas ações específicas, também deverão atender ao binômio necessidade-possibilidade.

---

<sup>160</sup> “Alimentos. Maioridade. Realidade social atual. Necessidade. Dependência dos pais. O simples implemento de idade, com a cessação de o pátrio poder, não desobriga o pai do pensionamento, pois, mesmo maior a filha, presume-se necessitada, quando não trabalha e inexistente prova de que possa prover o próprio sustento. Hoje, a realidade é diferente da de tempos atrás, pois os filhos mesmo maiores continuam necessitando da proteção dos pais, ou porque estudam ou porque estão na busca de mercado de trabalho. Desde que não fique comprovada a vadiagem, persiste a obrigação do pai em sustentar a filha, até que esta consiga se independizar, promovendo o seu próprio sustento ou completando a sua formação” (TJRS, 8.ª Câmara Cível, Apelação Cível 598075224, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 07.10.1999).

<sup>161</sup> Para Rolf Madaleno, a Emenda Constitucional 66/2010 “aprovou o divórcio direto e não causal como forma objetiva de dissolver o casamento, desvinculando os alimentos da frenética pesquisa da culpa conjugal mais recente, ou da última culpa, como se a culpa nunca fosse bilateral e como se a necessidade de subsistência, de uma sobrevivência digna e proporcional não tivesse como fonte natural um caráter de solidariedade assistencial” (*Curso de direito de família*, p. 825).

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “admitir que a culpa perdeu lugar outrora ocupado no cabimento dos alimentos significa retirar destes seu antigo caráter de compensação ou reparação, pois apenas serão fixados se existir seu verdadeiro pressuposto: o binômio necessidade/possibilidade”.<sup>162</sup>

No mesmo sentido Maria Berenice Dias, para quem,

[...] por elementar princípio isonômico, como não há falar em culpa na união estável, as restrições decorrentes da culpa não podem persistir no casamento. Tanto os cônjuges como os conviventes não devem ficar sujeitos à identificação de culpa. É necessário subtrair toda e qualquer referencial de ordem motivacional sobre o desenlace do vínculo afetivo, quer para o decreto de separação, quer para quantificar a obrigação alimentar. Sendo o cônjuge ou o convivente desprovido de recursos, o outro lhe pagará pensão alimentícia. [...] Afastada a causa prejudicial para a constituição do encargo, qual seja a identificação da responsabilidade pelo fim do casamento, restam esvaziados de conteúdo os demais pressupostos legais (CC. 1.704 parágrafo único). Necessidade e possibilidade são os únicos balizadores a estabelecer o dever alimentar.<sup>163</sup>

### 2.1.3 Causa jurídica ou fato gerador

Quanto à causa jurídica ou seu fato gerador, os alimentos podem provir da lei, chamados, assim, de legítimos; da vontade, denominados voluntários; ou do delito, com nítido caráter indenizatório.

As obrigações de natureza alimentar podem advir do direito de família, decorrendo do poder familiar,<sup>164</sup> do parentesco,<sup>165</sup> da dissolução do casamento<sup>166</sup> ou da união estável,<sup>167</sup> obrigações estas todas previstas em lei. São os chamados “alimentos

<sup>162</sup> Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, p. 4.

<sup>163</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 463-464.

<sup>164</sup> Art. 229 da Constituição Federal. 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.

<sup>165</sup> Art. 1.694 do Código Civil. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

<sup>166</sup> Art. 1.566 do Código Civil. São deveres de ambos os cônjuges:  
III – mútua assistência.

<sup>167</sup> Art. 1.724 do Código Civil. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

legítimos”,<sup>168</sup> no sentido de que advêm da lei, visto que não podemos classificar as demais causas jurídicas que dão ensejo às obrigações alimentares em “alimentos ilegítimos”.

Toda obrigação alimentar tem base legal, caso contrário não seriam exigíveis.

Acrescentam Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande que, “desde a publicação da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei n.º 11.804/2008), surgiu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova causa: a gravidez”.<sup>169</sup>

Assim, os alimentos devidos em razão da gravidez são obrigações alimentares previstas em lei e provenientes do direito de família, logo, classificados como alimentos legítimos.

Ainda, a obrigação pode ser estabelecida contratualmente ou estipulada em testamento, decorrendo, assim, do direito das obrigações e do direito das sucessões.<sup>170</sup>

A obrigação alimentar pode resultar de atos voluntários da atividade humana, em virtude de uma declaração de vontade, ou seja, um contrato (por intermédio de constituição de renda vitalícia, de constituição de usufruto ou de constituição de capital vinculado)<sup>171</sup> ou uma disposição de última vontade.

Nesta última hipótese, os alimentos são regidos pelos arts. 1.920 e 1.928 do Código Civil, que tratam dos legados.<sup>172</sup>

---

Ver também Lei 8.971/1994, que regula o dever de prestar alimentos entre companheiros, e Lei 9.278/1996, que regulamenta o art. 226, § 3.º, da Constituição Federal.

<sup>168</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 21.

<sup>169</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 10.

<sup>170</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 450.

<sup>171</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 13.

<sup>172</sup> 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.

Art. 1.928. Sendo periódicas as prestações, só no termo de cada período se poderão exigir.

Por fim, a obrigação alimentar pode advir da prática de atos ilícitos, resultante de sentença condenatória decorrente de responsabilidade civil aquiliana (arts. 948, II, e 950 do Código Civil).<sup>173</sup>

Trata-se de forma indenizatória do dano,<sup>174</sup> uma vez que tem por objetivo reparar os danos e prejuízos experimentados pela vítima e seus dependentes, em razão do ilícito cometido pelo devedor.

Para Rolf Madaleno, os alimentos indenizatórios visam a reparar o desfalque materialmente sofrido pela vítima do ato ilícito, além do pagamento do lucro cessante, representado pela perda de ganhos que a vítima deixou de perceber por ter paralisado ou reduzido suas atividades profissionais, “ou diante das expectativas de suprimento material que seus dependentes teriam direito se o provedor não tivesse falecido, em decorrência do ato ilícito”.<sup>175</sup>

Segundo Silvio Venosa,

[...] o regime jurídico desses alimentos de natureza diversa (daquela oriunda do direito de família), embora tenham particularidades próprias, obedece a um sistema ao menos análogo. Nada obsta que, perante a omissão da lei ou dos declarantes de vontade, os princípios alimentares do direito de família sejam utilizados na interpretação<sup>176</sup>

No mesmo sentido Yussef Said Cahali.<sup>177</sup>

---

Parágrafo único. Se as prestações forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período, sempre que outra coisa não tenha disposto o testador.

<sup>173</sup> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

<sup>174</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 21-22.

<sup>175</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 827.

<sup>176</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 376.

<sup>177</sup> “Em realidade, atento aos pressupostos da unicidade de destinação dos alimentos, não se pode pretender – apenas em função da diversidade das causas geradoras da obrigação alimentar – a fragmentação do

Esclarece-se que, no presente trabalho, ater-nos-emos ao estudo aprofundado dos alimentos legítimos, provenientes do direito de família, o que não significa, como entende a doutrina, que as explicações e investigações aqui realizadas não se apliquem às demais causas jurídicas da obrigação alimentar.

#### 2.1.4 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica dos alimentos, a doutrina atual tem entendimento de que a obrigação alimentar possui um caráter dúplice, qual seja patrimonial e pessoal.

Isso se extrai, também, da legislação sobre o tema, visto que o Código Civil inseriu a obrigação alimentar no título referente ao “direito patrimonial” do Direito de Família; mas, cuidando dos “direitos pessoais” do Direito de Família, prevê o dever de mútua assistência entre os cônjuges e o dever de sustento dos filhos.

Para Yussef Said Cahali,

[...] a afirmativa de que um direito relativo como este tem um caráter patrimonial ou um caráter pessoal, qualquer que seja o fundamento para justificar a opção, não equivale a seu confinamento no contexto de uma determinada categoria, pois faltariam outros requisitos para a sua exata sistematização. [...] Reconhecida, por inevitável, a presença concomitante dos dois elementos – o pessoal e o patrimonial – na integração da obrigação alimentícia, a especialidade que apresenta o encargo no âmbito do direito privado induz a prevalência do primeiro elemento.<sup>178</sup>

No mesmo sentido Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, que entendem que o direito a alimentos possui natureza mista, sendo, assim, um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal. “O fato dessa obrigação integrar o direito privado como manifestação do direito à vida, sendo pois, personalíssima, não exclui seu caráter

---

instituto em compartimentos estanques, informando-se cada modalidade em princípios autônomos, com disciplina jurídica exclusiva e incomunicável.” Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 23.

<sup>178</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 35.

patrimonial, consubstanciado na prestação econômica exigível ao alimentante em favor do alimentando.”<sup>179</sup>

### 2.1.5 Finalidade

Quanto à finalidade, os alimentos podem ser classificados em provisionais, provisórios ou definitivos.

Alimentos definitivos são aqueles estipulados em sentença ou acórdão final. Também assim entendidos os alimentos voluntários, oriundos de contratos ou direito sucessório.

Ressaltam Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande que a palavra “definitivos” “deve ser interpretada sob o prisma processual, e não no seu sentido literal. Afinal, a obrigação alimentar é uma relação de natureza continuativa que está sujeita a vários fatores não estáticos”.<sup>180</sup>

Assim, para Araken de Assis, “alimentos definitivos, também chamados de regulares, decorrem de acordo ou de ato decisório ‘final’ do juiz, e ostentam caráter permanente, ainda que sujeitos a eventual revisão”.<sup>181</sup>

Os alimentos provisionais ou provisórios, por sua vez, são fixados no curso do processo, e visam a subsistência da parte alimentanda enquanto pendente a ação.

Na lição de Silvio Venosa,

---

<sup>179</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 26.

<sup>180</sup> Idem, *ibidem*, p. 14.

<sup>181</sup> Araken de Assis, *Manual da execução*, p. 985.

[...] denominam-se alimentos provisionais ou provisórios aqueles que precedem ou são concomitantes a uma demanda de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento, ou mesmo ação de alimentos.<sup>182</sup> Sua finalidade é propiciar meios para que a ação seja proposta e prover a manutenção do alimentando e seus dependentes durante o curso do processo. São regulares ou definitivos os alimentos estabelecidos como pensão periódica, ainda que sempre sujeitos á revisão judicial.<sup>183</sup>

Maria Berenice Dias entende processualmente a diferenciação entre alimentos provisórios e provisionais. Embora ambos pertençam à categoria de alimentos antecipados,

[...] os alimentos provisórios (LA 4.º) são estabelecidos quando da propositura da ação de alimentos, ou em momento posterior, mas antes da sentença. Já os alimentos provisionais (CPC 852, I) são deferidos em ação cautelar ou quando da propositura da ação de separação, divórcio, anulação de casamento, bem como na ação de reconhecimento de união estável, e se destinam a garantir a manutenção da parte ou custear a demanda.<sup>184</sup>

Para a jurista, embora a doutrina distinga tais institutos, eles são tratados de maneira indistinta pelos julgadores. Entende que, em sua substância, significam o mesmo instituto, sendo sua diferenciação apenas terminológica e procedimental.<sup>185</sup>

Yussef Said Cahali, ao tratar do tema, entende os alimentos não definitivos como medida provisional, “no sentido de regulação provisória de uma situação processual vinculada ao objeto da própria demanda, de cognição sumária e incompleta, visando a preservação de um estado momentâneo de assistência”.<sup>186</sup>

Também este autor diferencia alimentos provisórios e provisionais.

<sup>182</sup> Poderíamos inserir nessa categoria a ação de reconhecimento e dissolução de união estável e retiráramos a ação de separação judicial que, a nosso ver, com o advento da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, que modificou o art. 226 da Constituição Federal, deixou de existir em nosso ordenamento jurídico, exceção feita às ações já em curso.

<sup>183</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 377.

<sup>184</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 488.

<sup>185</sup> Idem, *ibidem*, p. 488-489.

<sup>186</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 613.

Para ele, alimentos provisórios são medidas liminares antecipatórias, próprias da ação de alimentos. Já os alimentos provisionais possuem caráter cautelar específico, onde incidem as regras gerais relativas ao processo cautelar.<sup>187</sup>

O art. 852 do Código de Processo Civil prevê que os alimentos provisionais compreendem, além do que necessitar o alimentando para seu sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.

Entende Rolf Madaleno que

[...] os alimentos provisionais advêm de medida cautelar preparatória ou incidental de ação de divórcio judicial, nulidade ou anulação de casamento, ou de demanda específica de alimentos, conforme previsto nos artigos 852 e 854 do CPC, e têm por função garantir a subsistência do credor de alimentos durante a tramitação da ação principal de divórcio ou de alimentos, inclusive para o pagamento das despesas judiciais e dos honorários de advogado.<sup>188</sup>

No entanto, para Yussef Said Cahali, por se tratar os alimentos provisionais de uma relação de direito material, devem abranger tudo o que o alimentando necessitar no curso do processo, inclusive gastos com sua saúde e educação, por exemplo, nos termos do disposto no art. 1694 do Código Civil.<sup>189</sup>

Ensina o autor que a medida provisional, cautelar, que trata dos alimentos, diferencia-se das demais medidas cautelares, visto que não visa a garantir a futura satisfação de um direito (como ocorre em regra com as cautelares), mas sim realizar desde logo uma pretensão.<sup>190</sup>

<sup>187</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 619.

<sup>188</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 830.

<sup>189</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 615.

<sup>190</sup> Para o autor, “extraem-se da doutrina as características dos alimentos provisionais: representam uma entidade cautelar autônoma, a que corresponde uma forma de prestação jurisdicional específica; a sua concessão não antecipa os efeitos da decisão definitiva da lide; a decisão provisional e a sentença definitiva não terão necessariamente o mesmo conteúdo, uma vez que se fundam em pressupostos diversos de direito material; como direito autônomo, sua finalidade não é a preservação de um dano jurídico, sob perigo de risco pela dilação, pois consubstanciam prestação jurisdicional satisfativa de uma pretensão, e não uma simples segurança dessa mesma pretensão; bastantes por si, não têm função instrumentária de outro processo, na medida em que representam o resultado final de um processo definitivo; embora resguardem a

Em virtude disso, crescente o entendimento doutrinário da inexistência prática de diferenciação entre alimentos provisórios e provisionais, visto possuírem ambos as mesmas finalidades e conteúdos práticos.

Entretanto, como assevera Araken de Assis, no que concordamos, embora ambos pertençam à categoria de alimentos antecipados, eles possuem conotações específicas diversas.<sup>191</sup>

Os alimentos provisórios, previstos no art. 4.º da Lei 5.478/1968, são os alimentos “definitivos” antecipados à fase postulatória da demanda, como verdadeira tutela antecipada. E isso em razão da prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar que embasam a decisão interlocutória concessiva.

Por seu turno, os alimentos provisionais independem desta prova previamente constituída, tendo por finalidade custear a subsistência do postulante e a demanda em si, observados os requisitos das cautelares em geral para sua concessão, além dos requisitos específicos de necessidade do reclamante e possibilidades do obrigado.<sup>192</sup>

Assim, importante ressaltar que, ainda que se trate de alimentos provisórios ou provisionais, deve o julgador estar atento e fixá-los de acordo com o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, mesmo que em cognição sumária e baseado em provas

---

parte contra os efeitos da morosidade da lide principal, não se confundem com aquelas medidas cautelares que buscam a preservação da utilidade prática da sentença definitiva; representam, na essência, uma antecipação satisfativa e não meramente assecuratória do resultado final; de cognição sumária e incompleta, são deferidos em razão do direito material, vinculando-se a sua natureza provisória à sua acessoriedade em relação ao processo principal, em função do provimento definitivo de cognição plena”. Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 614.

<sup>191</sup> Araken de Assis, *Manual da execução*, p. 986.

<sup>192</sup> “Agravo de instrumento. Processo civil. Exceção de pré-executividade. Alimentos provisórios e provisionais. Confusão patrimonial. Preliminar analisada a *posteriori*. Agravo improvido. I – Art. 4. Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita, inteligência do que determina a lei de alimentos. II – O conceito jurídico de alimentos provisórios e provisionais não se confunde em termos doutrinários. Precedentes. III – Tanto em uma hipótese quanto na outra, em conformidade com o que dispõe o § 2.º do art. 13 da Lei de Alimentos, pois em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação” (TJPA, 1.ª Câmara Cível isolada, Acórdão 80975, Processo 200930071953, Rel. Leonardo de Noronha Tavares, 08.10.2009).

escassas.<sup>193</sup> Somente assim atenderá o desiderato legal e as necessidades do alimentando, sem sobrecarregar demasiadamente o alimentante.

## 2.2 Características

Os alimentos possuem características básicas e especiais que regulam todo o seu conteúdo e interferem em sua discussão judicial.

Elencaremos algumas dessas características.

Os alimentos são *pessoais e intransferíveis*.<sup>194</sup>

Em primeiro lugar, conforme ensina Rolf Madaleno, o direito a alimentos é personalíssimo, visto ser também pessoal o vínculo familiar entre devedor e credor, que compõem os polos da relação obrigacional.<sup>195</sup>

Na lição de Silvio Venosa,

[...] sua titularidade não se transfere, nem se cede a outrem. Embora de natureza pública, o direito é personalíssimo, pois visa preservar a vida do necessitado. O direito não se transfere, mas, uma vez materializadas as prestações periódicas como objeto da obrigação, podem elas ser cedidas.<sup>196</sup>

Visto ser uma manifestação do próprio direito à vida, os alimentos são inatos ao indivíduo e tendem a assegurar sua subsistência e o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.<sup>197</sup>

<sup>193</sup> Art. 1.706 do Código Civil. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.

Art. 4.º da Lei 5.478/1968. Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

<sup>194</sup> Art. 1.707 do Código Civil. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

<sup>195</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 840-841.

<sup>196</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 378.

<sup>197</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 27.

Os alimentos são devidos a pessoa determinada em razão de sua situação de necessidade previamente comprovada. Portanto, é direito personalíssimo.

Posto que têm por finalidade a subsistência do alimentando, os alimentos prestados por quem é juridicamente obrigado a tanto não podem ser cedidos ou transferidos. Caso contrário, toda a intenção da lei, do Estado e da sociedade, ao tornar a obrigação alimentar um dever legal, restaria frustrada.

O direito aos alimentos é *irrenunciável*. Pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado.

Nos termos do art. 23 da Lei 5.478/1968, o direito a alimentos, embora irrenunciável, pode ser provisoriamente dispensado.

O alimentando pode deixar de requerer alimentos (presente) ou deixar de executar as prestações não pagas (passadas); o que lhe é vedado é renunciar a alimentos futuros.

O Código Civil, em seu art. 1.707, é expresso nesse sentido, ao prever que pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos.

Também o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 379, estabeleceu que no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados posteriormente, verificados os pressupostos legais.

Isso em virtude do caráter publicista da obrigação alimentar, em que predomina o interesse público de que a pessoa necessitada seja sustentada, garantindo-se seu direito à vida.

Entretanto, há entendimento doutrinário de que é possível a renúncia de alimentos entre cônjuges e companheiros.

Para Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] pode-se renunciar aos alimentos entre cônjuges e companheiros, mas não entre pais e filhos. Não se pode desprezar que, quando existe cláusula de renúncia em uma ação de separação consensual ou ação de reconhecimento e dissolução de união estável, estão envolvidas partes maiores e capazes, que têm condições de autodeterminar-se.<sup>198</sup>

No mesmo sentido, os alimentos *não admitem transação*.

O montante, *quantum* a ser pago a título de alimentos, e o modo de sua prestação podem ser convencionados, pois se trata de direitos disponíveis. No entanto, o direito aos alimentos em si é indisponível, logo, não passível de transação.

Dispõe o art. 841 do Código Civil que somente admitem transação os direitos patrimoniais de caráter privado.

Para Silvio Venosa, “o direito a alimentos é direito privado, mas de caráter pessoal e com interesse público”,<sup>199</sup> como acima estudado.

Para Maria Berenice Dias,

[...] os alimentos não dizem apenas com o interesse privado do alimentando. Há interesse geral no seu adimplemento, e por isso se trata de obrigação regulada por normas cogentes de ordem pública: regras que não podem ser derogadas ou modificadas por acordo entre particulares.<sup>200</sup>

Ainda, o modo de recebimento dos alimentos pretéritos admite transação. Portanto, é possível a realização de acordo parcelando o pagamento do débito. Contudo, tratando-se de interesses de menores ou incapazes, a transação deverá ser respaldada e aceita pelo membro do Ministério Público, de modo a não causar prejuízos aos interesses do incapaz.

<sup>198</sup> Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, p. 6.

<sup>199</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 380.

<sup>200</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 452.

As obrigações alimentícias são *incompensáveis*, nos termos do art. 373, II, do Código Civil, que é expresso ao prever que a diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto se uma delas se originar de alimentos.

O art. 1.707 do Código Civil, já citado, também proíbe a compensação do direito a alimentos.

Na lição de Silvio Venosa, “tendo em vista a finalidade dos alimentos, qual seja, a subsistência do necessitado, a eventual compensação dos alimentos com outra obrigação anularia esse desiderato, lançando o alimentando ao infortúnio”.<sup>201</sup>

A compensação resultaria no fim da prestação alimentícia, deixando à míngua o alimentando, colocando sua sobrevivência em risco.

Entretanto, há jurisprudência atual no sentido de possibilitar a compensação entre verbas alimentícias, quando houver ocorrido pagamento a maior, indevidamente. Neste sentido:

*Habeas corpus*. Alimentos. Execução. Plano de demissão voluntária (PDV). Atraso no cumprimento das prestações alimentícias acordadas. Retenção de parcela do valor a título de pensão alimentícia: descabimento. Pedido de compensação de verbas. Possibilidade excepcional que deveria ter sido examinada pelo magistrado antes de decretar a prisão solicitada pelos exequentes. Ilegalidade da ordem. A regra da incompensabilidade dos alimentos não é absoluta, sob pena de uma parte receber verba indevida, e existir um locupletamento de uma, em detrimento da outra. Possibilidade do encontro das contas de alimentos, sob pena de ilegalidade da prisão”.<sup>202</sup>

Pela mesma razão, os alimentos são *impenhoráveis*.<sup>203</sup>

<sup>201</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 380.

<sup>202</sup> TJRS, 8.ª Câmara Cível, HC 598064673/RS, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 27.05.1998.

<sup>203</sup> Art. 649 do Código de Processo Civil. São absolutamente impenhoráveis:

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo.

Para Maria Berenice Dias,

[...] a pensão alimentar é impenhorável, uma vez que garante a subsistência do alimentado. Tratando-se de direito que se destina a prover o sustento de pessoa que não dispõe, por seus próprios meios, de recursos para se manter, inadmissível que credores privem o alimentado dos recursos de que necessita para assegurar a própria sobrevivência.<sup>204</sup>

A característica da impenhorabilidade decorre do caráter personalíssimo da obrigação, que se destina a garantir a sobrevivência digna do alimentando, sendo, portanto, intransferível e impenhorável, conforme previsto também no art. 1.707 do Código Civil.

Como se estudará adiante, os alimentos são fixados em razão de uma proporção entre as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Assim, cada pensão alimentícia será fixada de acordo com o caso concreto e suas especificidades.

Mesmo que o valor dos alimentos seja um montante alto, ele foi fixado para as necessidades daquele caso concreto. Assim, é o valor entendido como necessário ao suprimento das necessidades daquele alimentando, cobrindo-lhe os gastos com alimentação, mas também com moradia, educação, lazer, saúde, vestuário, entre outros, no caso da fixação de alimentos civis.

Ainda como exemplo, no caso de alimentos devidos por genitores a seus filhos menores, os alimentos devem proporcionar ao alimentando o mesmo *status social* de seu genitor; logo, por vezes, serão fixados em valor elevado.

Todavia, mesmo que de valor elevado, os alimentos possuem uma só finalidade: suprir as necessidades do alimentando e garantir-lhe uma sobrevivência digna, logo, sempre serão impenhoráveis.

Os alimentos possuem, ainda, a característica da *imprescritibilidade*.

---

<sup>204</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 453.

Para Yussef Said Cahali, “considera-se o direito de alimentos imprescritível no sentido daquele poder de fazer surgir, em presença de determinadas circunstâncias, uma obrigação em relação a uma ou mais pessoas (direito potestativo)”<sup>205</sup>.

Portanto, o que é imprescritível é o direito aos alimentos, e não suas prestações fixadas e não pagas.

O direito à execução das pensões alimentícias devidas e não pagas prescreve em dois anos, nos termos do art. 206, § 2.º, do Código Civil.<sup>206</sup>

Na lição de Maria Berenice Dias, trata-se de obrigação de trato sucessivo, logo, cada parcela vence a contar da fluência do prazo para seu pagamento, não havendo prescrição da obrigação alimentar como um todo, mas apenas das parcelas periódicas não quitadas.<sup>207</sup>

Contudo, o direito a alimentos em si é imprescritível. A qualquer momento, quando necessitar, a pessoa pode vir a juízo pedir alimentos a quem a lei obriga a prestá-los.<sup>208</sup>

Os alimentos também são *irrepetíveis*. Uma vez pagos, não há como reavê-los, tanto os provisórios ou provisionais quanto os definitivos, pois o valor pago a título de alimentos presume-se que foi de imediato utilizado para garantir a subsistência momentânea a quem fora prestado.

---

<sup>205</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 93.

<sup>206</sup> Com exceção dos alimentos devidos a incapazes, pessoas casadas, ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, curatelados e tutelados com seus curadores e tutores, durante a curatela ou tutela, não corre a prescrição, nos termos dos arts. 197 e 198:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I – entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II – entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III – entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I – contra os incapazes de que trata o art. 3.º.

<sup>207</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 514.

<sup>208</sup> Para Rolf Madaleno, “o fato de o alimentando não ter reclamado alimentos em um momento pretérito não é obstáculo para deixar de fazê-lo quando entender que precisa, e quando se apresentarem os pressupostos próprios de uma obrigação alimentar” (*Curso de direito de família*, p. 856).

Para Maria Berenice Dias, “como se trata de verba que serve para garantir a vida, destina-se à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência. Assim, inimaginável pretender sejam devolvidos”.<sup>209</sup>

De acordo com Silvio Venosa, “o pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo-os ou reduzindo seu montante”.<sup>210</sup>

A doutrina e jurisprudência, porém, entendem que, caso o pagamento tenha sido realizado com erro sobre a pessoa ou mediante má-fé ou postura maliciosa do credor, os alimentos podem ser restituídos.<sup>211-212</sup>

A boa-fé é princípio basilar das relações civis. Neste sentido, o art. 884 do Código Civil.<sup>213</sup>

Os alimentos são *variáveis*.

Segundo Silvio Venosa, “a pensão alimentícia é variável, segundo as circunstâncias dos envolvidos na época do pagamento. Modificadas as situações econômicas e as necessidades das partes, deve ser alterado o montante da prestação, podendo ocorrer sua extinção”.<sup>214</sup>

<sup>209</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 455.

<sup>210</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 379.

<sup>211</sup> Idem, *ibidem*, p. 379.

<sup>212</sup> “Se os princípios da boa-fé e da eticidade subjugam a relação pós-matrimônio entre ex-cônjuges, a alimentanda tem obrigação de comunicar ao alimentante a cessação de seu crédito alimentício, sob pena de pagamento indevido do devedor para a credora através de ardil que leva ao locupletamento ilícito. Ausente a licitude na conduta da credora, deve ela restituir ao suposto devedor a verba alimentar indevida e ilícitamente recebida ao longo do tempo, a partir da sociedade afetiva que o ex-cônjuge desconhecia” (TJSC, 4.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 2004.034220-9, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. 17.07.2008).

<sup>213</sup> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

<sup>214</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 381.

O art. 1.699 do Código Civil<sup>215</sup> dispõe sobre a possibilidade de revisão (redução ou majoração) ou extinção (exoneração) da pensão alimentícia, atendo-se à existência ou não de seus requisitos, quais sejam necessidades do reclamante e possibilidades do reclamado, proporcionalmente.

Os alimentos apresentam a característica da *reciprocidade*.

A obrigação alimentar é recíproca entre parentes (art. 1.696, Código Civil<sup>216</sup>), cônjuges e companheiros (art. 1.694, Código Civil).<sup>217</sup>

Na lição de Maria Berenice Dias, “o credor alimentar de hoje pode vir, em momento futuro, a se tornar devedor, e vice-versa. A reciprocidade tem fundamento no dever de solidariedade”.<sup>218</sup>

Apenas não se fala em reciprocidade nos alimentos devidos em razão do poder familiar, previstos no art. 229 da Constituição Federal.<sup>219</sup> Entretanto, no momento em que os filhos atingirem a maioridade, pode-se falar em alimentos recíprocos em razão do parentesco.

Na lição de Yussef Said Cahali,

[...] a doutrina, de maneira uniforme, inclusive com respaldo na lei, identifica duas ordens de obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos: uma resultante do pátrio poder, consubstanciada na obrigação de sustento da prole durante a menoridade ( CC, art. 231, IV); e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do pátrio poder e vinculada à

<sup>215</sup> Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

<sup>216</sup> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

<sup>217</sup> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

<sup>218</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 454.

<sup>219</sup> 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.

relação de parentesco em linha reta. [...] Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao pátrio poder, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole [...]<sup>220</sup>

Por fim, temos a característica da *periodicidade*. Os alimentos devem ser prestados periodicamente, de modo a garantir a subsistência cotidiana do alimentando.

Em regra, estipulam-se pensões a serem pagas mensalmente, visto ser esse, também em regra, o modo de recebimento dos salários ou rendimentos dos alimentantes, porém essa periodicidade pode ser menor, no caso de pensões pagas semanalmente, ou maior, pensões a serem pagas bimestralmente. O que não se admite é o pagamento único ou em períodos muitos distantes, de forma a não prejudicar a subsistência diária do necessitado.<sup>221-222</sup>

### 2.3 Requisitos

Os requisitos necessários ao surgimento da obrigação alimentar estão previstos legalmente, no Código Civil.

Não existe diferenciação dos requisitos basilares da obrigação alimentar em virtude de sua natureza. Independentemente da natureza do vínculo obrigacional, a responsabilidade alimentar recebe tratamento uniforme no Código Civil.

<sup>220</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 93.

<sup>221</sup> Para Silvio Venosa, “não se admite que um valor único seja o pago, nem que o período seja longo, anual ou semestral, porque isso não se coaduna com a natureza da obrigação” (*Direito civil: direito de família*, p. 381).

<sup>222</sup> “Separação judicial. Alimentos ao filho menor. Fixação. Prestação mensal. Retirada do nome da mulher do talonário de produtor rural. Pedido estranho ao direito de família. 1. A fixação de alimentos deve atender o interesse do filho menor, e não apenas a conveniência dos pais. 2. Considerando que o filho necessita de auxílio mensal para atender o seu sustento, não se mostra adequado o estabelecimento de uma periodicidade anual. 3. A pretensão da parte de ver retirado o nome do cônjuge do bloco de produtor rural exige ação própria, pois é matéria estranha à lide, já que não foi deduzida na petição inicial, não foi objeto da contestação, nem houve pleito reconvenicional. Recurso desprovido” (segredo de justiça) (TJRS, 7.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70024649287, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 22.10.2008).

Há diferença, apenas, nos alimentos devidos a filhos menores ou incapazes, em razão do poder familiar. Aqui, temos não uma “obrigação alimentar”, mas um “dever de sustento”.

Para Rolf Madaleno,

[...] 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 de mostra deste estado de necessidade, como já está condicionado na relação de obrigação de alimentos.<sup>223</sup>

A regra geral, por sua vez, inserta no art. 1.695 do Código Civil, dispõe que são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele, de quem se reclama, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário sustento.

Por seu turno, o art. 1.694, § 1.º, do Código Civil complementa a regra legal ao dispor que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Requisito básico da obrigação alimentar é a presença, concomitante, de necessidades por parte do alimentando e possibilidades do alimentante.

Na lição de Maria Berenice Dias, “a regra para fixação (CC 1.694 § 1.º e 1.695) é vaga e representa apenas um *standard* jurídico. Dessa forma, abre-se ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais”.<sup>224</sup>

<sup>223</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 907.

<sup>224</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 482.

Assim, a autora elege como vetor para fixação dos alimentos, a ser utilizado pelo juiz, o princípio da proporcionalidade:

Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor da pensão. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.<sup>225</sup>

As necessidades do alimentando envolvem necessidades físicas, culturais, educacionais, entre outras. Devem ser analisadas caso a caso, de acordo com as alegações e provas documentais desde pronto trazidas ao processo, ou carreadas em seu curso.

Para Yussef Said Cahali,

[...] a regra tradicional é que cada pessoa deve prover-se segundo suas próprias forças ou seus próprios bens: a obrigação de prestar alimentos é, assim, subsidiária, no sentido de que só nasce quando o próprio indivíduo não pode cumprir esse comezinho dever com a sua pessoa, que é o de alimentar-se a si próprio, com o produto do seu trabalho e rendimentos.<sup>226</sup>

A situação de necessidade do alimentando deve ser analisada caso a caso, inclusive buscando-se sua condição para o trabalho, sua culpa pela situação de necessidade, a existência de doença, impossibilidade física, psíquica, entre outras causas.

Já as possibilidades do alimentante são, na maioria das vezes, de difícil apreciação.

Segundo Silvio Venosa, “é frequente, por exemplo, que o marido ou pai, sabedor que poderá se envolver nessa ação, simule seu patrimônio, esconda bens e se apresente a juízo como um pobre eremita”.<sup>227</sup>

<sup>225</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 482.

<sup>226</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 510.

<sup>227</sup> Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, p. 394. No mesmo sentido, Maria Berenice Dias, que diz: “[...] quando o alimentante é profissional liberal, autônomo ou empresário, enorme é a dificuldade

Para Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, tendo em vista que as possibilidades do alimentante não são de fácil constatação, sobretudo porque as demandas alimentares normalmente dão ensejo a situações de conflito familiar, em meio às quais nem sempre resta observado, pelas partes, o dever de agir com probidade, lealdade e boa-fé, deve o julgador, na análise do caso concreto, verificar, sobretudo, o que chamam de “sinais exteriores de riqueza”, a fim de fixar a pensão alimentícia devida, “assim considerados os gastos com cartões de crédito, o custeio de festas e recepções, a vida social intensa, as despesas com férias em locais sofisticados, com viagens internacionais etc.”<sup>228</sup>

Quanto ao requisito proporcionalidade, entende a jurisprudência que, “quando o Código Civil determina que alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades da reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, está deixando ao prudente critério do juiz a estimativa, para que bem se pesem aquelas e estas”<sup>229</sup>.

Para a quantificação dos alimentos, em atenção ao binômio necessidade-possibilidade, diferencia Maria Berenice Dias os alimentos devidos aos descendentes, em virtude dos poderes-deveres familiar, dos alimentos devidos entre cônjuges, companheiros e demais parentes.

Para a doutrinadora,

---

de descobrir seus ganhos. Por isso, é possível a quebra do sigilo bancário, para saber de sua movimentação financeira. Também pode o juiz solicitar à Receita Federal cópia da declaração de renda de quem tem o ônus de pagar alimentos. Novas possibilidades de constituição de sociedades dão ensejo a que as pessoas dos sócios resem totalmente invisíveis, ou seja, todo o patrimônio figura como sendo da pessoa jurídica, percebendo seus integrantes singelos valores a título de *pro labore*. Esses mecanismos de despatrimonialização, surgidos para driblar encargos tributários, passaram a ser utilizados pelos devedores de alimentos, na tentativa de dificultar a aferição dos seus reais rendimentos” (*Manual de direito das famílias*, p. 482-483).

<sup>228</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 128.

<sup>229</sup> “Agravo interno. Apelação cível. Direito civil. Família. Fixação de alimentos. Recurso desprovido. I – Os alimentos devem observar o princípio da proporcionalidade, traduzido no binômio necessidade/possibilidade. II – O agravante não obteve êxito em demonstrar sua incapacidade econômica em prover a agravada na forma fixada na sentença. III – Decisão monocrática negando seguimento ao recurso. IV – Manutenção da decisão” (14.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação 71583420108190202/RJ, Rel. Des. Claudio Brandão, j. 25.05.2011, 30.05.2011).

[...] aos descendentes, a pensão deve ser fixada de forma proporcional aos rendimentos do alimentante. Chega-se a definir o filho como “sócio do pai”, pois ele tem direito de manter o mesmo padrão de vida ostentado pelo genitor. Portanto, em se tratando de alimentos devidos em razão do poder familiar, o balizador para sua fixação, mais que a necessidade do filho, é a possibilidade do pai: quanto mais ganha este, mais paga àquele. [...] Ao cônjuge e ao convivente a verba alimentar é fixada com mais parcimônia, destinando-se ao atendimento das necessidades de sobrevivência com dignidade. O cônjuge-credor não se beneficia da ascensão econômico-financeira do devedor. Só poderá buscar majoração da pensão se houver aumento de suas necessidades, não em razão da melhoria de vida do alimentante. Idêntico critério é utilizado quando se trata de obrigação alimentar decorrente do vínculo de solidariedade familiar, devida pelos avós ou pelos parentes colaterais.<sup>230</sup>

E complementa:

[...] o pai não deve alimentos ao filho menor – deve sustento. Essa é a expressão mais correta e justa que tem assento constitucional (CF 229): *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores*. Esses são os deveres inerentes ao poder familiar (CC 1.634 e ECA 22): sustento, guarda e educação. Entre sustento e alimentos há considerável diferença.<sup>231\_232</sup>

É certo que a lei apresenta um trinômio (necessidade, possibilidade e proporcionalidade) que deve ser avaliado no caso concreto a fim de chegar ao *quantum* devido a título de alimentos. Cada caso será único, diverso, com características de fato próprias, sendo assim impossível ao legislador fixar um valor prévio, mesmo que mínimo, como obrigação alimentar.

Corretamente agiu o legislador ao deixar esta fixação nas mãos do julgador, que possui contato com as partes, com a situação fática e com suas características mais peculiares.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 481.

<sup>231</sup> Idem, *ibidem*, p. 468.

<sup>232</sup> “Civil. Alimentos. Dever de sustento decorrente do poder familiar. Maioridade. Exoneração. Recurso improvido. Atingida a maioria dos filhos que vinham recebendo os alimentos em razão do dever de sustento decorrente do poder familiar, exonera-se o alimentante, vez que extinta de pleno direito a causa jurídica que deu ensejo à obrigação” (2.<sup>a</sup> Turma Cível, Apelação 167080920078070003/DF, Rel. Carmelita Brasil, j. 26.11.2008, *DJE* 10.12.2008, p. 83).

<sup>233</sup> Para Rolf Madaleno, “o cálculo destes alimentos deve ser de uma soma capaz de cobrir a exigência alimentar global do credor dos alimentos e cujo montante precisa ser valorado e apreciado em cada situação em particular, não se encarregando a legislação brasileira de preordenar um valor geral e tampouco os

Entretanto, tratando-se de requisitos advindos de uma situação de fato, são eles mutáveis, assim como a vida cotidiana das pessoas.

Pode o alimentando obter meios de prover sua própria subsistência, como pode o alimentante ingressar em situação de desemprego, penúria. Assim, o montante devido a título de alimentos é modificável a qualquer tempo, bem como a própria obrigação alimentar, que pode ser extinta quando alterada a situação econômica das partes. Trata-se de relação jurídica continuativa.

Nos termos do art. 1.699 do Código Civil, se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo.<sup>234</sup>

As ações revisional e exoneratória de alimentos serão mais bem estudadas em item próprio.

## 2.4 Rito

A ação de alimentos é regida pela Lei 5.478/1968, possuindo *rito procedimental sumário especial*, tendo em vista sua busca por celeridade e eficácia, ante a urgência da providência perseguida, que visa garantir a subsistência do requerente e sua sobrevivência digna.

Esta legislação restou conhecida como “Lei de Alimentos”.

---

critérios a serem seguidos para estipular esse valor, pois nem haveria como criar normas exatas e predeterminadas para a fixação dos alimentos que sempre dependem das específicas situações fáticas que se acham presentes em cada situação em particular” (*Curso de direito de família*, p. 941).

<sup>234</sup> “Revisional de alimentos. Mutabilidade. A mutabilidade do *quantum* da pensão alimentícia pode sofrer variações quantitativas ou qualitativas conforme se alterem os pressupostos de necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante” (1.<sup>a</sup> Vara de Família, Processo 2008849/RO, Rel. Des. Sérgio Lima).

É aplicada aos casos em que as *legitimidades ativa e passiva* não necessitem de prova, devendo estar *pré-constituídas*, com prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar.<sup>235</sup> Se a paternidade, maternidade ou parentesco não são certos, adota-se o rito ordinário, cumulando-se, em regra, o pedido de alimentos com a ação de investigação de paternidade/maternidade, reconhecimento de união estável, com a possibilidade de requerimento de tutela antecipada.

O procedimento especial pode ser utilizado para se exigirem alimentos seja em razão da filiação, parentesco, casamento ou união estável,<sup>236</sup> desde que pré-constituídos comprovadamente.

O Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente, no que não colidir com a legislação especial.<sup>237</sup>

<sup>235</sup> Art. 2.º da Lei 5.478/1968. 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.

<sup>236</sup> Art. 1.º da Lei 8.971/1994. 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 disposto na Lei n.º 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.

<sup>237</sup> “Direito processual civil. Ação de alimentos. Preliminar de cerceamento de defesa. Falta de prazo razoável entre a citação e a audiência. Artigos 5.º, § 1.º, e 27 da Lei Federal n.º 5.478/1968. Artigos 185, 277 e 297 do Código de Processo Civil. Acolhimento. Segundo a Lei Federal n.º 5.478/1968, em seu artigo 5.º, § 1.º, ‘na designação da audiência o juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital’. Diante disso, infere-se que razoável é o prazo que possibilite ao réu a defesa na ação proposta. A orientação prevalente é a no sentido de que o artigo 5.º, § 1.º, da Lei Federal n.º 5.478/68, confere ao magistrado o arbítrio de fixar prazo para a contestação. Não sendo esse fixado, deve-se entender que a defesa poderá ser apresentada até a data da audiência de conciliação e julgamento, somente se aplicando a pena de revelia quando o réu, devidamente citado na ação de alimentos, não comparece à audiência designada, nesta permitida, sem embargo da falta de contestação, a produção de provas pelo demandado. O artigo 27 da Lei de Alimentos determina a aplicação supletiva das disposições do Código de Processo Civil. Destarte, inexistindo preceito legal na Lei 5.478/68 e ante a ausência de fixação do prazo pelo douto magistrado singular, conforme determina o artigo 5.º, § 1.º, deve-se observar os prazos previstos pelo estatuto processual civil, tendo-se como prazo mínimo o do artigo 185, do CPC, o qual estabelece que, ‘não havendo preceito legal nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte’. Nos termos do artigo 277 do CPC o qual trata do procedimento sumário, bem como do artigo 297 do Estatuto Processual Civil, este dispondo acerca do rito ordinário. ‘Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2.º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.’ ‘Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.’ Independentemente da aplicabilidade ou não dos referidos dispositivos legais, de caráter generalizado, bem como independentemente do enten-

É competente para o processamento da ação o foro de domicílio ou residência do alimentando, nos termos do art. 100, II, do Código de Processo Civil. Essa regra é válida não apenas para as ações de alimentos, mas também para ações de exoneração, revisão, oferta, ou seja, para todas as ações que envolvam a questão de prestação alimentícia.<sup>238</sup>

Entretanto, pode o alimentando abrir mão desse benefício e propor a ação em que pleiteia alimentos, mesmo que cumulada com outro pedido, no domicílio do alimentante, uma vez tratar-se de competência relativa territorial.

Na lição de Yussef Said Cahali, “o legislador considerou necessário favorecer processualmente a defesa dos interesses do alimentando, partindo do pressuposto de que é a parte mais fraca, é a que não tem recursos, merecendo especial tutela”.<sup>239</sup>

O Juizado Especial, conforme art. 3.º, § 2.º, da Lei 9.099/1995, não é competente para o processamento e julgamento de causa de natureza alimentar.

A ação de alimentos, proposta com base no rito previsto na Lei 5.478/1968, pode ser *ajuizada pelo próprio interessado, seu representante legal, ou pelo Ministério Público*, nos termos do art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>240</sup>

Quando a parte não indicar profissional habilitado a assisti-lo, o juiz designará quem o faça, nos termos do art. 2.º, § 3.º, da Lei de Alimentos.

---

dimento adotado dentre os citados acima, não se mostrando razoável o lapso temporal no caso concreto, presume-se prejudicada a defesa do réu. Acolhida a preliminar de cerceamento de defesa deve-se cassar a r. sentença, declarando a nulidade dos atos processuais posteriores à citação, determinando o retorno dos presentes autos para a instância *a quo* para o regular processamento, abrindo-se novo prazo para defesa, com a marcação de prazo razoável a ser fixado pelo magistrado, de, no mínimo, 5 (cinco) dias, nos termos do artigo 5.º, § 1.º, da Lei Federal n.º 5.478/1968, bem como do artigo 185 do Código de Processo Civil” (6.ª Turma Cível, Apelação 27475820088070005/DF, Rel. José Divino de Oliveira, j. 05.11.2008, *DJe* 04.12.2008, p. 151).

<sup>238</sup> Súmula 1 do STJ: O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

<sup>239</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 549.

<sup>240</sup> Art. 201. Compete ao Ministério Público:

III – promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão de destituição do pátrio poder, nomeação de remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude.

Ainda, em qualquer caso, a intervenção do membro do Ministério Público nas ações de alimentos é obrigatória, seja nas hipóteses em que haja interesse de incapazes, nos termos do art. 82, I, do Código de Processo Civil,<sup>241</sup> ou em qualquer outra situação, haja vista os arts. 9.º e 11 da Lei 5.478/1968, que preveem a figura do Ministério Público atuando como *custus legis* no processo. Para Yussef Said Cahali, a não intervenção do Ministério Público, em qualquer caso, é causa de nulidade do processo.<sup>242</sup> Nestes termos, o art. 84 do Código de Processo Civil.<sup>243</sup>

Do mesmo modo, ante a inexistência de prejuízo ao alimentando, a jurisprudência não tem reconhecido a nulidade de processo onde não tenha havido intervenção ministerial, entretanto a ação tenha sido julgada procedente, nos termos do pedido de alimentos postulado na inicial.<sup>244</sup>

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, “o Ministério Público está legitimado para a ação de alimentos (e para as demais ações que lhe são afeitas) em razão do caráter indisponível do direito em disputa e pelo alcance social dessa legitimidade”.<sup>245-246</sup>

No entanto, tem entendido a jurisprudência que a não atuação do órgão ministerial em primeiro grau não gera nulidade no caso de atuação da Procuradoria de Justiça, em grau recursal.<sup>247</sup>

<sup>241</sup> Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes.

<sup>242</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 559.

<sup>243</sup> Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

<sup>244</sup> “Alimentos. Intervenção do Ministério Público. Não nega vigência a lei federal, mas a interpreta razoavelmente, o acórdão que se recusa a anular decisão em causa de alimentos porque o ministério público, na primeira instância, só se pronunciou em tempo, posterior, concordando com a sentença favorável aos menores. Não provou o pai e réu que disso lhe adviesse prejuízo e não invocou a irregularidade varias vezes em que falou nos autos. Aplicação dos arts. 273, 274 e 277 de CPC. Dissídio não comprovado (Súmula n. 291)” (STF, 1.ª Turma, Recurso Extraordinário n. 67156/MG, Rel. Aliomar Baleeiro, j. 27.04.1973, *DJ* 15.10.1973, p. 7685, *Ementário* 925-01, p. 110, *RTJ* 67-03, p. 723).

<sup>245</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, *Direito das famílias*, p. 648.

<sup>246</sup> Nos termos do Código de Processo Civil.

Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (grifo nosso).

<sup>247</sup> “Alimentos. Homologação de acordo. Ausência de intervenção do MP. Inocorrência de nulidade. Falta de prejuízo. A não intervenção do MP em primeiro grau pode ser suprida pela intervenção da procuradoria da

Quantos aos *sujeitos ativos e passivos* passíveis de integrarem os polos do processo, pelo rito da lei especial, temos que, além de cônjuges e companheiros assim reconhecidos (que não são parentes, mas são devidos alimentos entre eles em razão do dever de mútua assistência), somente os parentes em grau de ascendência, descendência e colateralidade de segundo grau podem pedir alimentos uns aos outros, conforme se extrai dos arts. 1.696 e 1.697<sup>248</sup> do Código Civil.

O rol de parentes habilitados a prestar alimentos uns aos outros é taxativo.<sup>249</sup>

O parentesco por afinidade não cria obrigação alimentar, assim como não gera direito sucessório.<sup>250</sup> Parentes, para fins de alimentos, são apenas os consanguíneos ou unidos pelo vínculo civil da adoção.

Estipula a lei civil, ainda, uma ordem preferencial para a realização do pedido de alimentos.

Primeiramente, devem alimentos os ascendentes, do grau mais próximo ao mais remoto; após, buscam-se os descendentes, também obedecendo-se aos graus de pro-

---

Justiça” (TJSP, 8.<sup>a</sup> Câmara Cível, 22.10.2003, *JTJ* 282/207).

<sup>248</sup> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

<sup>249</sup> “A enumeração legal é taxativa, não comportando a inclusão de qualquer outra pessoa na comunidade alimentar, pelo que a obrigação de pagar pensão alimentícia não pode ultrapassar a linha colateral em segundo grau (irmãos).” Belmiro Pedro Welter, Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada, p. 213.

<sup>250</sup> “A autora é professora aposentada cumulando os proventos da aposentadoria com pensão deixada pelo falecido marido. Seus rendimentos não são a tal ponto pequenos que importem em privação alimentar. Ocorre, mais, que a filha, de quem pretende alimentos, não tem qualquer rendimento próprio. Insiste ela que seu genro auferir rendimentos substanciais, e deveria ele arcar com o ônus. Inviável, contudo, a pretensão. Os alimentos aqui reclamados têm origem no *jus sanguinis*, restringindo-se às pessoas mãe e filha, sabendo-se que o parentesco civil não impõe a obrigação alimentar” (TJSP, Ac. 7.<sup>a</sup> Câmara Cível, Ap. 106.930-1, Rel. Des. Leite Cintra, j. 14.12.1988).

“Alimentos provisórios. Arbitramento hostilizado do valor composto. Pretensão deduzida por nora, em vista dos sogros e marido. Impossibilidade quanto aos mesmos. Parentesco por afinidade. Preliminar de reconhecimento de ilegitimidade passiva acolhida. Continuação da ação apenas quanto ao marido. Inidentificação de necessidades, prementes, consubstanciadora de possível alteração, para maior, do pensionamento. Recurso improvido” (TJMG, Processo 2302115-50.2000.8.13.0000, Rel. Des. Isalino Lisbôa, j. 18.10.2001, publicação 09.11.2001).

ximidade; ao final, acionam-se os irmãos. Demais colaterais não têm obrigação de prestar alimentos.<sup>251</sup>

Ainda, os cônjuges ou companheiros, em seu dever de mútua assistência, preferem a todos os parentes na prestação de alimentos entre si, como se infere do art. 1.708 do Código Civil.<sup>252</sup>

A lei propõe um modo simplificado de *realização dos pedidos de alimentos*, podendo, até mesmo, a solicitação verbal ser reduzida a termo pelo escrivão.<sup>253</sup>

O pedido de alimentos, nos termos da lei, pode ser realizado mediante petição ou verbalmente, devendo ser reduzido a termo neste último caso, contendo, ainda, todas as informações e documentos que a lei exige, tais como qualificação completa do interessado, exposição sucinta dos fatos, prova do parentesco, da filiação ou da obrigação alimentar do devedor, entre outros.<sup>254</sup>

<sup>251</sup> “Direito de família. Agravo de instrumento. Ação de alimentos provisionais. Parentesco colateral. Tio. Obrigação excluída. O fato de ser sucinta a decisão, não a caracteriza como desprovida de fundamentação, a não justificar a decretação de sua nulidade. Os tios não são obrigados, na forma do art. 1.697 do Código Civil, a prestar alimentos aos sobrinhos, eis que a obrigação somente se estende aos parentes colaterais de segundo grau. Recurso provido” (Processo 100240952127000011/MG, Rel. Barros Levenhagen, j. 27.08.2009, Publicação 09.09.2009).

<sup>252</sup> Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

<sup>253</sup> Art. 3.º da Lei 5.478/68. O pedido será apresentado por escrito, em 3 (três) vias, e deverá conter a indicação do juiz a quem for dirigido, os elementos referidos no artigo anterior e um histórico sumário dos fatos.

§ 1.º Se houver sido designado pelo juiz defensor para assistir o solicitante, na forma prevista no art. 2.º, formulará o designado, dentro de 24 (vinte e quatro) horas da nomeação, o pedido, por escrito, podendo, se achar conveniente, indicar seja a solicitação verbal reduzida a termo.

§ 2.º O termo previsto no parágrafo anterior será em 3 (três) vias, datadas e assinadas pelo escrivão, observado, no que couber, o disposto no *caput* do presente artigo.

<sup>254</sup> Art. 2.º da Lei 5.478/1968. 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.

§ 1.º Dispensar-se-á a produção inicial de documentos probatórios;

I – quando existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões.

II – quando estiverem em poder do obrigado as prestações alimentícias ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido.

§ 2.º Os documentos públicos ficam isentos de reconhecimento de firma.

§ 3.º Se o credor comparecer pessoalmente e não indicar profissional que haja concordado em assisti-lo, o juiz designará desde logo quem o deva fazer.

Pelo que se extrai dos arts. 2.º e 3.º da Lei, tem-se, e é o que se observa na prática, que a parte interessada pode realizar verbalmente, sem intermédio inicial de advogado constituído, o pedido de alimentos. Se assim proceder, deverá o juiz designar profissional habilitado a atuar em prol do alimentando.

No caso de a parte declarar-se hipossuficiente, de rigor que a designação recaia sobre Defensor Público Estadual.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando a concretização da norma legal federal, expediu o Provimento 261/1985, que prevê normas internas para o atingimento deste fim.

Segundo citado provimento, o pedido de alimentos deve ser deduzido por escrito ou verbalmente, perante o diretor do ofício competente ou escrevente por este designado, instruído com certidões comprobatórias da obrigação alimentar. Se deduzido verbalmente, o diretor reduzirá a termo as declarações, colhendo assinatura do requerente; em seguida, submetê-lo-á à apreciação do juiz, para fixação dos alimentos provisórios, designação de audiência e nomeação de profissional para assistir o requerente, caso este não tenha procurador constituído.

A lei, ainda, exige a juntada aos autos, acompanhando o pedido inicial, de documentação comprobatória da qualificação das partes, da obrigação alimentar, bem como da profissão do alimentante, seus rendimentos e recursos.

Tal documentação, no entanto, é dispensada quando existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões, de modo a não prejudicar o alimentando e a eficácia e celeridade da medida, ou

---

Art. 3.º O pedido será apresentado por escrito, em 3 (três) vias, e deverá conter a indicação do juiz a quem for dirigido, os elementos referidos no artigo anterior e um histórico sumário dos fatos.

§ 1.º Se houver sido designado pelo juiz defensor para assistir o solicitante, na forma prevista no art. 2.º, formulará o designado, dentro de 24 (vinte e quatro) horas da nomeação, o pedido, por escrito, podendo, se achar conveniente, indicar seja a solicitação verbal reduzida a termo.

quando estiverem em poder do obrigado ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido.

Também, entende a doutrina que não é necessário o pedido inicial conter o *valor* que se espera a título de alimentos, visto que tal informação poderá ser apurada na fase de conhecimento, não caracterizando infringência ao art. 286 do Código de Processo Civil. Nas palavras de Yussef Said Cahali,

[...] nas ações de alimentos, as sentenças são de índole dispositiva ou determinativa, podendo o juiz decidir segundo as circunstâncias ou segundo a equidade, por estar revestido em certa medida de um poder discricionário; o que ocorre porque as prestações de alimentos são dívidas de valor e não de quantia certa, onde o adimplemento da obrigação não se resolve com a entrega de um mero *quantum*, mas, sim, de um *quid*.<sup>255</sup>

Durante o processo é que serão descobertas, por vezes, as possibilidades do alimentante, de modo que, com base no princípio da proporcionalidade, possa-se estabelecer o valor devido a título de alimentos.

A lei de alimentos prevê que o pedido independe de prévia distribuição, objetivando, com isso, “facilitar o pronto atendimento da pretensão do reclamante”.<sup>256</sup>

O modo com que este pedido se dará, antes mesmo da distribuição física dos autos, é determinado pelas normas de organização judiciária de cada local.

A título de exemplo, o Provimento 261/1985 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prevê que, nos foros com duas varas, competirá o conhecimento do pedido de alimentos dos credores nascidos nos dias ímpares ao juízo da 1.<sup>a</sup> Vara e dos nascidos nos dias pares ao da 2.<sup>a</sup> Vara; nos foros com três varas, o conhecimento do pedido dos credores nascidos nos dias 1.<sup>a</sup> a 10 competirá ao juízo da 1.<sup>a</sup> Vara, dos nascidos nos dias 11 a 20, ao da 2.<sup>a</sup> Vara e dos nascidos nos dias 21 a 31, ao da 3.<sup>a</sup> Vara, e assim sucessivamente.<sup>257</sup>

<sup>255</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 571.

<sup>256</sup> Idem, *ibidem*, p. 568.

<sup>257</sup> Observe-se que a regra trata de normas de organização judiciária. Assim, não fere o princípio do juiz natural. Nas palavras de Nelson Nery Jr., “a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não

Ainda, o art. 1.º, § 2.º, da lei especial prevê a atribuição dos benefícios da *gratuidade da justiça* ao requerente, independentemente de prévia concessão pelo juiz. Basta a simples afirmativa da parte para que os benefícios lhe sejam estendidos.<sup>258</sup>

Na lição de Yussef Said Cahali, “da simples afirmação unilateral da parte decorre a presunção de miserabilidade que justifica a concessão da justiça gratuita, cabendo à parte contrária a iniciativa da impugnação que, além de formulada em apartado, deverá ser devidamente comprovada”. O autor ainda entende que, em razão das suas consequências, a afirmação de pobreza deve ser reduzida a termo ou constar expressamente da petição inicial.<sup>259</sup>

A legislação especial ordena, ainda, a fixação, desde logo, de *alimentos provisórios*.<sup>260</sup>

A jurisprudência é unânime em entender que os alimentos provisórios visam a atender situação de necessidade premente do alimentando, sendo uma atribuição impositiva ao magistrado, não podendo o juiz deixar de fixá-los, visto que isto implicaria negação a direito assegurado no art. 4.º da Lei 5.478/1968.<sup>261</sup>

---

haverá juízo ou tribunal de exceção *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente em de ser imparcial” (*Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 126).

Sendo o juízo pré-constituído e competente, segundo as normas locais de organização judiciária, não há que falar em descumprimento ao princípio, uma vez que não se trata de juízo de exceção, e sim de competência prefixada em norma de organização interna.

Para Olivar Augusto Roberti Coneglian, “o princípio do juiz natural está, e deve estar, presente sempre que há um julgamento de determinado caso por um órgão com poderes cuja investidura, que deve ser de acordo com o ordenamento constitucional, ocorreu prévia e abstratamente, e de forma geral” (Princípio do juiz natural, p. 157).

Ao tratar da autoridade competente para o julgamento, complementa o autor que este aspecto do princípio do juiz natural “demonstra que, ocorrida determinada situação violadora da ordem jurídica, os participantes, por meio da análise da organização do sistema constitucional e legal, já podem, ao menos abstratamente, saber como a por qual órgão ou juízo serão julgados” (Princípio do juiz natural, p. 160).

<sup>258</sup> “Alimentos. Execução. Pedido de assistência judiciária gratuita. Deve ser deferida a gratuidade quando se trata de execução de alimentos e a parte alega carência de recursos, justificando-se maior flexibilidade para a concessão do favor legal em vista da natureza da pretensão. Inteligência do art. 1.º, § 2.º, da Lei de Alimentos. Recurso provido” (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70008463788, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 28.04.2004).

<sup>259</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 569.

<sup>260</sup> Art. 4.º da Lei 5.478/1968. Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

<sup>261</sup> TJSP, 8.ª Câmara Cível, Agr. Instr. 124.894-1, 1.º.11.1989; TJSP, 8.ª Câmara Cível, 23.04.1986, *RJTJSP* 104/44; TJRS, 6.ª Câmara Cível, 24.06.1986, *RJTJRS* 118/223; TJRS, 2.ª Câmara Cível, 15.06.1988, *RJTRS* 135/214.

Neste mesmo sentido, a doutrina.<sup>262</sup>

Divergência há quanto à necessidade de *pedido da parte* interessada para a fixação destes alimentos liminarmente. Entende parte da jurisprudência que esta fixação depende de pedido expresso da parte, que é quem possui ciência de suas necessidades, não podendo o juiz fixar esta verba alimentar de ofício.<sup>263</sup>

No entanto, há entendimento diverso de que o juiz deve fixar os alimentos provisórios sempre, salvo nos casos em que a parte expressamente os dispensar.<sup>264-265</sup>

É certo que, mesmo que o pedido não tenha sido realizado na petição inicial, poderá ele ser reclamado a qualquer tempo, no curso do processo, haja vista o art. 13, § 1.º, da lei especial.<sup>266</sup>

Para Yussef Said Cahali, “na ação especial de alimentos, o *fumus boni iuris* é condição da própria ação, representado pela prova pré-constituída da relação de parentesco

<sup>262</sup> Belmiro Pedro Welter, Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada, p. 206-207; e Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 622.

<sup>263</sup> “Investigação de paternidade. Alimentos. Em se tratando de sentença que declara a paternidade, possível a fixação de alimentos, mesmo que não haja pedido pela parte autora, quando do ajuizamento da ação investigatória. Embora não fixados alimentos provisórios, ante a ausência de pedido expresso, resultou presumida a necessidade dos alimentos, em razão da pouca idade da criança, que já completou nove anos. Procedente a ação de investigação de paternidade, a condenação ao pagamento de alimentos retroage à data da citação, mesmo que não haja pedido expresso do investigante. Apelo do Ministério Público provido em parte. Unânime. Apelo de C.M.B. provido em parte. Por maioria” (TJRS, 8.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70003730983, Rel. Rui Portanova, j. 23.10.2003).

<sup>264</sup> Para Belmiro Pedro Welter, “a disposição é cogente: *o juiz fixará*, ou seja, mesmo não pedidos alimentos provisórios, o magistrado tem o poder/dever de fixá-los, salvo se a parte expressamente declarar que deles não necessita” (Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada, p. 207).

<sup>265</sup> “Agravado de instrumento. Separação litigiosa cumulada com alimentos. Fixação provisória em prol do filho menor. Dever de sustento de ambos os genitores. Ausência de pedido. Inocorrência de decisão *extra petita*. Os alimentos foram fixados provisoriamente somente em prol do filho menor do casal, cuja necessidade é presumida, eis que decorrente do dever de sustento de ambos os genitores (art. 231, IV, CCB). Assim, e sendo irrenunciável tal direito, não se ostenta *extra petita*; a decisão que os estipula provisoriamente, mesmo inócurrente pedido expresso nesse sentido. Quantificação dos alimentos. Estando desempregado o alimentante e vivendo de biscates irregulares, é justo que seja o montante dos alimentos reduzido para a terça parte do salário mínimo. Deram provimento (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70000071837, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.09.1999).

<sup>266</sup> Art. 13 da Lei 5.478/1968.

§ 1.º Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado.

ou conjugal; e o *periculum in mora* é presumido, quando não dispensados expressamente os alimentos pelo credor”.<sup>267</sup>

Os alimentos provisórios, ainda que oriundos de cognição sumária e baseados em escassa prova, devem respeitar aos requisitos gerais materiais utilizados para fixação de verba alimentar, quais sejam as necessidades expostas pelo alimentando, as possibilidades até então demonstradas do alimentante e a proporcionalidade entre tais realidades.

Deve o juiz agir com prudência na fixação dos alimentos provisórios, principalmente porque eles são irrepetíveis, característica inerente a todas as verbas alimentares, anteriormente estudada.

Da *decisão* que fixa os alimentos provisórios, sendo esta uma decisão interlocutória, cabível o *recurso de agravo*, na sua forma de instrumento, tendo em vista ser decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, nos termos do art. 522 do Código de Processo Civil.

Ainda, havendo modificação da capacidade do devedor ou das necessidades do credor, os *alimentos provisórios fixados poderão ser alterados a qualquer tempo*, a pedido das partes, e processados em apartado, nos termos do art. 13, § 1.º, da Lei de Alimentos.<sup>268</sup> A lei determina a revisão dos alimentos em autos apartados em virtude da necessidade de dilação probatória para esse fim, o que poderia prejudicar e retardar o andamento da ação principal.

Entretanto, entendem a doutrina<sup>269</sup> e jurisprudência<sup>270</sup> que, fixados os alimentos provisórios inicialmente, e se o réu, em sua defesa, apresentar argumentos e provas do des-

<sup>267</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 622.

<sup>268</sup> Art. 13 da Lei 5.478/1968.

§ 1.º Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado.

<sup>269</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 635-636.

<sup>270</sup> “Agravo de instrumento. Ação de alimentos. Reconsideração da decisão que fixou alimentos provisórios. Advento de fatos novos. Alimentante octogenário e portador de doença grave. Alimentada maior e ca-

cabimento do valor fixado, poderá o juiz, nos próprios autos, proceder à adequação do valor, ainda que de ofício, ante as novas provas juntadas aos autos.

Ordena a lei, em seu art. 5.º, que o escrivão, no prazo de 48 horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento.

O Provimento 261/1985 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo prevê que, no mesmo dia do recebimento do pedido de alimentos, este será registrado e autuado, devendo o escrivão remeter ao devedor, mediante registro postal com aviso de recebimento, a segunda via, com cópia do despacho que arbitrou os alimentos provisórios e designou audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento.

A Lei de Alimentos dá preferência à *citação* por carta, via aviso de recebimento, sendo regra geral do processo civil. Admite, ainda, a citação por edital, quando presentes seus requisitos.<sup>271</sup>

A lei especial não prevê a modalidade de citação por hora certa, nos termos dos arts. 227 e 228 do Código de Processo Civil.

Contudo, ao prever a modalidade de citação por edital, a lei autoriza as citações fictas em seu procedimento. Se possível a citação por edital, mais dispendiosa, demorada,

---

paz. Recurso improvido. I – Possível é a reconsideração da decisão que antecipa os efeitos da sentença, quando, em razão de fatos novos apresentados no processo, afigura-se inexistente a verossimilhança das alegações. II – Os alimentos devidos em razão de parentesco são fixados com base no binômio necessidade e capacidade. III – Afigura-se indevida a fixação de alimentos provisórios, ao restar demonstrado que a alimentada é maior, capaz e graduada, enquanto o alimentante é octogenário, portador de doença grave e com recursos escassos. Recurso improvido” (TJBA, 4.ª Câmara Cível, AI 2305652006/BA, Rel. Paulo Roberto Bastos Furtado, j. 20.08.2008).

<sup>271</sup> Art. 5.º da Lei 5.478/1968.

§ 2.º A comunicação, que será feita mediante registro postal isento de taxas e com aviso de recebimento, importa em citação, para todos os efeitos legais.

§ 3.º Se o réu criar embaraços ao recebimento da citação, ou não for encontrado, repetir-se-á a diligência por intermédio do oficial de justiça, servindo de mandado a terceira via da petição ou do termo.

§ 4.º Impedida a citação do réu por qualquer dos modos acima previstos, será ele citado por edital afixado na sede do juízo e publicado 3 (três) vezes consecutivas no órgão oficial do Estado, correndo a despesa por conta do vencido, a final, sendo previamente a conta juntada aos autos.

por que não seria possível a citação por hora certa, também modalidade de citação ficta, entretanto mais célere e eficaz?

Assim entende a jurisprudência:

Apelação. Alimentos. Filho em face de seu pai. 1.) Citação por hora certa. Possibilidade. Ainda que a ação tramite sob sigilo de justiça, possível a citação por hora certa, por ausência de vedação legal e de prejuízo comprovado às partes e ao processo. 2.) Sentença que condenou o réu a revelar ao pagamento de 1/3 de seus vencimentos para o caso de trabalho com vínculo empregatício ou de 5 salários mínimos em caso de desemprego ou de trabalho sem vínculo empregatício a título de alimentos. Arbitramento que deverá levar em conta a situação atual do alimentante, considerado o binômio necessidade/possibilidade. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido (TJSP, 3.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Apelação n. 5596884500/SP, Rel. Egidio Giacoia, j. 02.12.2008, *DJU* 19.12.2008).

E mais:

Agravo de instrumento. Processual civil. Ação de alimentos. Genitor. Citação por hora certa. Possibilidade. 1. O fato é que a decisão que ora se combate está determinando realização de nova audiência, aonde a intimação do ora agravante se dará por hora certa, conforme disciplina o artigo 227 do Código de Ritos, posto que por diversas vezes o recorrente não foi encontrado, via oficial de justiça, não restando outra alternativa ao magistrado singular. 2. Outrossim, como alertado na contraminuta e corroborado pelo termo de audiência de fl. 27, tudo leva a crer que o recorrente esteja tentando burlar a sua citação, o que, para lá da gravidade inerente à situação em si mesma, atingiria, ainda, aos dois menores púberes, seus filhos, sendo de todo e em por tudo inaceitável aos olhos da lei. Também, “risível” – se utilizando do próprio termo adotado pelo patrono do agravante na exordial – seria o temor expressado, de que em decorrência à r. decisão agravada adviria “onerosa e odiosa a prisão civil” (TJDF, 5.<sup>a</sup> Turma Cível, Agravo de Instrumento 20030020100405/DF, Rel. Asdrubal Nascimento Lima, j. 17.05.2004, *DJU* 24.06.2004, p. 56).

Ante o exposto, presentes os requisitos do art. 227 do Código de Processo Civil, possível a realização da citação por hora certa, mesmo porque a Lei 5.478/1968, em seu art.27, prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao procedimento especial por ela regulado, quando não conflitantes as disposições, como no caso em tela.

Assim, cabíveis no rito especial da lei de alimentos a citação por carta, por mandado e por edital, nos termos da art. 5.º da Lei 5.478/1968, bem como a citação por hora

certa, ante a inexistência de prejuízos às partes, ausência de vedação legal e aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Em seu art. 5.º, § 1.º, a lei especial prevê que, na designação da audiência, o juiz fixará prazo razoável que possibilite ao réu a *contestação* da ação proposta, prevendo a eventualidade da necessidade da citação por edital.

Tendo em vista o texto de lei, entende a doutrina<sup>272</sup> que o prazo para apresentação de contestação é até o dia da audiência; por isso, deve o juiz designar a solenidade para data que proporcione prazo razoável a que o réu elabore sua defesa, considerando-se a eventualidade de citação por edital, que demanda maior tempo.<sup>273</sup>

A exiguidade de prazo para apresentação de defesa pelo réu é considerada como cerceamento do direito de defesa<sup>274</sup> e causa a anulação do processo.<sup>275</sup>

O art. 7.º, ainda sobre a conduta do réu, dispõe que a ausência do réu à audiência importa em *revelia*.

Nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil, há revelia quando o réu não contestar a ação. Assim, se o réu que não comparece à audiência é considerado revel, o

---

<sup>272</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 576.

<sup>273</sup> Para o STJ, “é imperativo o decêndio entre a citação e a realização da audiência no procedimento sumário. Todavia, não tem vício a citação quando a audiência deixa de ser realizada para que seja obedecido o decêndio, sendo a ré regularmente intimada da data da nova audiência” (STJ, 3.ª Turma, REsp 161912/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJ 26.04.1999, p. 94).

<sup>274</sup> Alimentos. Cerceamento de defesa. O prazo exíguo entre a intimação e a realização da audiência, acarreta a nulidade do feito, eis que o apelante não apresentou defesa, estando evidente o cerceamento de defesa (TJRS, 8.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70000235960, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 11.10.2001).

<sup>275</sup> Para Yussef Said Cahali, “o que se exige é que o réu, oportunamente citado, compareça à audiência, ocasião em que deverá reclamar contra a inexistência de ‘prazo razoável’ para elaboração de sua defesa (como se foi citado nas vésperas de sua realização) – demonstrando que não foi assegurado ao réu ‘prazo razoável’ para a preparação de sua defesa, neste caso o juiz lhe concederá o ‘prazo razoável’ necessário que, porém, não poderá ultrapassar quinze dias, pois não se compreenderia melhor tratamento ao réu, nesta ação de rito especialíssimo, do que aquele estabelecido pelo direito processual comum” (*Dos alimentos*, p. 577).

é porque não apresentou contestação no prazo legal, qual seja até o dia da audiência em que se ausentou.<sup>276</sup>

Na lição de Yussef Said Cahali: “[...] mas, se a contestação foi oferecida antes da audiência, nada obsta a que esta se realize ausente o réu, sendo legal a decisão do processo sem a sua presença e a dispensa de provas que acaso tivesse requerido, ainda que não configurada a revelia”.<sup>277</sup>

Entende a doutrina passível a apresentação pelo réu de todos os *tipos de defesa*, com exceção à reconvenção, possível apenas no rito ordinário,<sup>278</sup> e à declaratória incidental, visto que o art. 280 do Código de Processo Civil impede sua incidência no rito sumário, que dirá do rito sumaríssimo empregado pela Lei de Alimentos.<sup>279</sup>

Possível, entretanto, a realização de pedido contraposto pelo requerido, posto que, nos termos do art. 24 da Lei de Alimentos, ao alimentante é possível a propositura da chamada “ação de oferta de alimentos”, logo, autor e réu, na ação de alimentos, são igualmente interessados na concessão do bem da vida objetivado na demanda, tanto que ao alimentante é conferida ação própria para este fim.

Assim, no bojo da contestação apresentada pelo requerido em ação de alimentos, poderá ele formular pedido, contrapondo-se ao postulado pelo autor, visto que baseado nos

<sup>276</sup> “O art. 5.º, § 1.º, da Lei 5.478/68 atribuiu ao juiz a faculdade de estabelecer prazo para a formulação da contradita. Se este não for fixado, deve-se entender que a defesa poderá ser apresentada até a data da audiência de conciliação e julgamento. A pena de revelia só se impõe ao réu, na ação de alimentos, quando este, devidamente citado, deixa de comparecer à audiência, nesta permitida, sem embargo da falta de contestação, a produção de provas pelo demandado” (TJSC, 1.ª Câmara Cível, 18.10.1979, RT 539/162).

<sup>277</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 576.

<sup>278</sup> Belmiro Pedro Welter, Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada, p. 223.

<sup>279</sup> “Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de oferta de alimentos. Reconvenção. Rito especial. Lei 5.478/68. Impossibilidade. I – Possuindo a ação de oferta de alimentos natureza dúplice, o cabimento de reconvenção mostra-se afastado, de acordo com o previsto na Lei 5.478/68. II – A ação de oferta de alimentos não impede o juiz de fixar a pensão alimentícia em patamar acima do proposto pelo ofertante, desde que demonstrada a capacidade do alimentante e a necessidade da alimentada. III – Recurso conhecido e desprovido. (3.ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 20000020013336/DF, Rel. Wellington Medeiros, j. 14.08.2000, DJU 04.10.2000, p. 24); “Ação revisional de alimentos. Por ser ordinário, cabe nesta demanda a reconvenção do réu. Inviável seria a reconvenção da ação de alimentos, que tem o rito especial da Lei 5.478/1968 (2.ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 149485/DF, Rel. Luiz Claudio Abreu, j. 05.02.1986, DJU 20.03.1986, p. 3936).

estritos fatos narrados na inicial, propondo, por exemplo, o valor que entende devido a título de alimentos.

Na lição de Gislene Barbosa da Costa,

[...] o réu, ao contrário da tradicional regra ditada pela Teoria Geral do Processo, não apenas resistirá à pretensão, mas poderá, também, pleitear um bem da vida, consistente na majoração do valor pretendido pelo autor. Ou seja, poderá estender os limites da lide. Assim, não estará, o juiz, adstrito aos valores pleiteados pelo autor-devedor, podendo ser fixada quantia inferior ou superior àquela pleiteada na inicial. Esta elasticidade dos limites, bem como a bilateralidade do interesse processual da lide, configura a natureza dúplice desta demanda.<sup>280-281</sup>

O autor é notificado da *audiência* designada no ato de recebimento da petição, ou da lavratura do termo (art. 5.º, § 6.º, da Lei 5.478/1968).

O juiz, ao marcar a audiência, oficiará ao empregador do réu, ou, se o mesmo for funcionário público, ao responsável por sua repartição, solicitando o envio, no máximo até a data marcada para a audiência, de informações sobre o salário ou os vencimentos do devedor, sob pena de se constituir crime contra a administração da Justiça.<sup>282</sup>

O Provimento 261/1985 do Tribunal de Justiça de São Paulo também prevê que o juiz oficiará ao empregador do réu, ou responsável por sua repartição, se servidor público, requisitando o desconto em favor do alimentando do valor fixado a título de alimentos provisórios, bem como informações sobre seu salário ou vencimento (art. 3.º).

<sup>280</sup> Gislene Barbosa da Costa, *Ações dúlices e pedido contraposto*. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=102>>. Acesso em: 17 out. 2011.

<sup>281</sup> “Alimentos. Provisórios. Ação de oferta do devedor. Fixação em quantia superior à oferecida. Admissibilidade. Ação dúlice. Decisão *ultra petita* não caracterizada. Inteligência do artigo 24 da Lei n. 5.478/68. Recurso provido. *JTJ* 228/164.”

<sup>282</sup> Art. 22. Constitui crime contra a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia:

Pena – Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da pena acessória de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, de qualquer modo, ajuda o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, ou se recusa, ou procrastina a executar ordem de descontos em folhas de pagamento, expedida pelo juiz competente.

O *não comparecimento* do autor à audiência designada determina o arquivamento do pedido, e a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato, como acima explicitado.

Tais ausências devem ser, por óbvio, injustificadas.

A ausência das partes causa mencionados efeitos tendo em vista a impossibilidade da busca da conciliação, objetivo primário da audiência prevista na Lei de Alimentos.<sup>283</sup>

Entende a doutrina<sup>284</sup> serem os efeitos da revelia relativos, tendo em vista que o litígio versa sobre direitos indisponíveis (art. 320, II, Código de Processo Civil).<sup>285</sup> Assim, deve o juiz buscar elementos que atestem as necessidades do autor e as possibilidades do réu, neles se baseando para proferir decisão final, mesmo que revel o requerido.<sup>286</sup>

Para Yussef Said Cahali,

[...] a revelia do réu na ação de alimentos não leva, por si só, à fixação da pensão pedida na inicial, [mas] isso não impede de reconhecer nela a admissão do fato constitutivo da obrigação de prestar alimentos, fixando-os o juiz segundo valores diversos apurados no conjunto probatório.

<sup>283</sup> No entanto, “a ausência da autora à audiência de conciliação e julgamento não acarreta nulidade, tampouco conduz ao arquivamento do feito, se ao ato compareceu seu procurador, munido de poderes especiais para transigir” (TJSC, 3.<sup>a</sup> Câmara Cível, Agr. Instr. 10.147, 05.03.1996, *Rep. IOB Jurisp.* 3/12.084).

<sup>284</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 485.

<sup>285</sup> Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

<sup>286</sup> “Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos. Revelia do demandado que não implica na procedência integral do pedido do autor por tratar-se de direito indisponível. Código de Processo Civil, art. 320, inc. II. Fixação da verba alimentar que deve observar o binômio necessidade-possibilidade. Lei n. 5.478/1968, art. 2.<sup>o</sup>. Autor que não se desincumbiu de seu ônus e não comprovou que o valor dos alimentos estipulados pela sentença em 50% do salário mínimo seria insuficiente para garantir seu sustento e tampouco demonstrou qual seria a real situação econômico-financeira do alimentante. Lei n. 5.478/1968, art. 15. Código de Processo Civil, art. 330, inc. I. Recurso desprovido” (TJSC, 2.<sup>a</sup> Câmara de Direito Civil, Apelação Cível 852589/SC 2010.085258-9, Rel. Nelson Schaefer Martins, j. 14.07.2011).

“Apelação Cível. Alimentos. Revelia. O réu foi citado pessoalmente, ficando ciente do prazo contestacional e mesmo assim permaneceu silente. Consoante entendimento consolidado deste Tribunal, é do réu o ônus da prova acerca de sua possibilidade contributiva. No caso, há que considerar o fato de que a revelia, mesmo em ação de alimentos, leva à presunção de veracidade dos fatos alegados (art. 7.<sup>o</sup> da Lei 5.478/68), a menos que sejam contraditados por provas já existentes nos autos, o que não ocorre aqui. Proveram. Unânime” (TJRS, 8.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70042450437/RS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 04.08.2011, *DJ* 10.08.2011).

Assim, em linha de princípio, a revelia induz presunção legal, mas relativa, de serem reputados verdadeiros os fatos afirmados na inicial da ação de alimentos, vez que não dispensa a realização da audiência nem o juiz do exame objetivo da prova.<sup>287</sup>

No entanto, ausente o réu à audiência, a fixação da obrigação alimentar deve se dar, ao menos, de acordo com as necessidades comprovadas pelo autor nos autos ou, no caso de menor de idade ou incapaz, de acordo com a presunção que se faz de suas necessidades, visto a ausência do réu e, nos termos da lei, sua confissão quanto à matéria de fato, considerando que, ao receber a citação e contrafé, o réu sabia qual o valor pleiteado e, se não compareceu à audiência, entende-se que concordou com o valor ou, ao menos, a ele não se opôs.

Aberta a audiência, lida a petição ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo conciliação. Se houver acordo, lavrar-se-á o respectivo termo, que será assinado pelo juiz, escrivão, partes e representantes do Ministério Público.

*Não havendo acordo*, o juiz receberá a contestação do requerido, tomará o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, ouvidos os peritos se houver, podendo julgar o feito sem a mencionada *produção de provas*, se as partes concordarem.

Nos termos do art. 8.º da Lei de Alimentos, autor e réu comparecerão à audiência acompanhados de suas testemunhas, três no máximo, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

*A audiência de julgamento será contínua*, mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz marcará a sua continuação para o primeiro dia desimpedido, independentemente de novas intimações.

---

<sup>287</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 589.

Terminada a instrução, poderão as partes e o Ministério Público aduzir *alegações finais*, em prazo não excedente de dez minutos para cada. Em seguida, o juiz renovará a proposta de conciliação e, não sendo aceita, ditará sua sentença, que conterà sucinto relatório do ocorrido na audiência.

*Da sentença* serão as partes intimadas, pessoalmente ou por meio de seus representantes, na própria audiência, ainda quando ausentes, desde que intimadas de sua realização.

Entende a doutrina que a sentença proferida na ação de alimentos de rito especial tem conteúdo condenatório, visto que condena o réu ao pagamento de alimentos.<sup>288</sup>

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a sentença de alimentos possui natureza e efeitos multifacetados,

[...] pois, a um só tempo, apresenta características: *i) declaratória*, reconhecendo a existência da relação jurídica que prende alimentante e alimentando; *ii) constitutiva*, na medida em que constitui a pensão alimentícia e o seu respectivo *quantum*; e *iii) condenatória*, determinando o pagamento da prestação pelo alimentante e assegurando ao alimentando a via executiva para satisfazer o seu crédito.<sup>289</sup>

No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.<sup>290</sup>

Ínsitos são às ações de eficácia condenatória os aspectos constitutivos e declaratórios, nos moldes acima explicitados.

Entretanto, há de reconhecer a prevalência do conteúdo condenatório à sentença de alimentos, visto ser o fim almejado pela ação a condenação do réu ao pagamento de uma prestação alimentícia periódica, e a fixação de seu valor.

<sup>288</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 589-591.

<sup>289</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito das famílias*, p. 655.

<sup>290</sup> TJSP, 3.<sup>a</sup> Câmara Cível, 26.09.1974, *RJTJSP* 32/142: “A sentença de alimentos, como a ação em que ela é proferida, se compõe virtualmente de três partes ou elementos. É sentença declaratória, constitutiva e condenatória. *Declara* o fundamento da pretensão e da obrigação, isto é, a relação jurídica que prende o alimentante ao alimentado; *constitui* a pensão e seu *quantum*; e *condena* o alimentante a pagar a prestação, assegurando ao alimentado a via executiva”.

Não há que falar em conteúdo prevalente constitutivo, pois a sentença não constitui relação jurídica, visto que esta relação, geradora da obrigação alimentar, é preexistente à ação de alimentos, imposta por lei ou disposição de vontade.

Ainda, a sentença não tem conteúdo meramente declaratório, posto que seu fim último é obrigar o requerido ao pagamento de valor, à imposição de uma prestação.

A declaração do fundamento da obrigação e constituição da pensão e de seu montante são pressupostos à condenação posterior.

Ainda, quanto à eficácia,<sup>291</sup> a sentença de alimentos pode ser classificada como executiva, visto que possibilita a execução do julgado como fase do procedimento, mediante o cumprimento de sentença, nos termos da Lei 11.232/2005, ou nos termos do art. 733 do Código de Processo Civil, por meio da coerção prisional.

A possibilidade de modificação coativa do estado das coisas é que caracteriza esta sentença como de eficácia executiva, ante a possibilidade do processo ou fase de execução, a depender do rito processual adotado (cumprimento de sentença ou aqueles previstos no art. 733 ou 734 do Código de Processo Civil).

A sentença poderá fixar prestação alimentícia igual, maior ou menor do que aquela requerida inicialmente, sem que este julgamento seja considerado *ultra* ou *infra petita*,<sup>292</sup>

<sup>291</sup> A classificação ora proposta, dividida entre conteúdo e eficácia da sentença, baseia-se na obra de José Carlos Barbosa Moreira, em especial, *Temas de direito processual*, quarta série, p. 175-183, e oitava série, p. 125-142.

<sup>292</sup> “Civil e processual. Ação investigatória de paternidade cumulada com alimentos. Sentença condenatória. Apelação recebida no efeito devolutivo. Possibilidade de cobrança de pensão provisória. Julgamento *extra* e *ultra petita* não configurado. Súmula n. 7-STJ. Multa aplicada aos aclaratórios. Impugnação deficiente. I. A condenação aos alimentos fixados em sentença de ação de investigação de paternidade pode ser executada de imediato, pois a apelação que contra ela se insurge é de ser recebida no efeito meramente devolutivo. II. O pedido de pensionamento formulado nessa espécie de demanda é meramente estimativo, não se configurando decisão *ultra* ou *extra petita* a concessão de valor maior que o postulado na exordial. Precedentes do STJ. III. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula 7/STJ). IV. A ausência de indicação da norma legal violada e de apresentação de paradigma jurisprudencial impede a admissibilidade da impugnação alusiva à multa procrastinatória aplicada ao réu pelo Tribunal de segunda instância. V. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4.<sup>a</sup> Turma, REsp 595746/SP, Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.12.2010, DJe 15.12.2010).

porque o que o julgador deve levar em consideração quando da prolação de sua decisão não é o pedido inicial, e sim as necessidades do alimentando e possibilidades do alimentante, comprovadas nos autos. É com base no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade que deve fixar o montante devido a título de pensão alimentícia, não devendo ater-se cegamente ao pedido na inicial.

Na lição de Yussef Said Cahali,

[...] o juiz fixa alimentos segundo seu convencimento, não constituindo julgamento *ultra petita* a fixação da pensão acima do solicitado na inicial, pois o critério é a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. À vista de tal premissa, o pedido, que nas ações similares se formula, é de natureza genérica, donde não se adstringir a sentença, necessariamente, ao *quantum* colimado inicialmente; o arbitramento far-se-á *a posteriori*, quando já informado o sentenciante dos elementos fáticos que integram a equação legal.<sup>293</sup>

Da sentença caberá *apelação* no efeito devolutivo, nos termos do art. 14 da Lei de Alimentos e do art. 520, II, do Código de Processo Civil. Observe-se, porém, nos termos do Código de Processo Civil, posterior, que a *apelação* terá apenas efeito devolutivo quando condenatória aos alimentos, ou seja, no caso de procedência. Se improcedente, aplicável o duplo efeito, como regra geral.

Logo, alimentos provisórios eventualmente concedidos prevalecem até o julgamento do recurso, no caso da sentença improcedente,<sup>294</sup> tendo em vista o efeito suspensivo da decisão de improcedência, inclusive no que tange à cassação dos alimentos provisórios antes fixados.

É o que se extrai do art. 13, § 3.º, da Lei 5.478/1968, que prevê que “os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordi-

<sup>293</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 592.

<sup>294</sup> “Alimentos. Sentença improcedente. *Apelação*. Efeito. Cuidando-se de ação de alimentos, na qual houve fixação de alimentos provisórios, devem eles ser mantidos até final decisão, posto que o recurso de *apelação* deve ser recebido em ambos os efeitos já a sentença não condenou a ré à prestação de alimentos. Inteligência do art. 520, *caput*, do CPC. Recurso provido” (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70007823495, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 15.12.2003).

nário”. Ou seja, até que não se obtenha decisão final com trânsito em julgado, prevalecem os alimentos provisórios fixados de início, no caso da interposição de recursos com efeito suspensivo.

Os alimentos fixados ao final retroagem à data da citação (art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/1968). Entende a doutrina que os alimentos definitivos retroagem à data da citação quando foram fixados em valor superior aos alimentos provisoriamente fixados em momento anterior, em sede liminar. Se os alimentos definitivos forem fixados em montante inferior, não existe retroação, em face do princípio da irrepetibilidade da obrigação alimentar.<sup>295-296</sup>

Caso assim não fosse, é certo que os alimentantes condenados ao pagamento de alimentos provisórios restariam inertes, à espera da condenação definitiva, visto que, se os alimentos definitivos fossem fixados em montante menor em relação aos provisórios, o devedor lucraria ante o não pagamento da ordem antecipatória, em relação àquele alimentante que cumpriu a decisão liminar, pagou devidamente os alimentos provisórios e agora, por decisão definitiva que diminuiu o valor da obrigação alimentar, não pode reaver a diferença do que pagou a maior, em razão do princípio da irrepetibilidade.

Nesse caso, estaria a lei premiando o devedor inadimplente e onerando o alimentante diligente e cumpridor das ordens judiciais.

<sup>295</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 489.

<sup>296</sup> “Agravo regimental. Recurso especial. Processo civil e direito de família. Fixação de alimentos provisórios. Superveniência dos definitivos. Diminuição de valor. Art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/68. Retroação à data da citação. Inadmissibilidade. Incorporação ao patrimônio do alimentando. Efeitos *ex nunc* da sentença. Desestímulo ao alimentante inadimplente. Recurso desprovido. 1. O julgamento do recurso especial conforme o art. 557 do CPC não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, se observados os requisitos recursais de admissibilidade, os enunciados de súmulas e a jurisprudência dominante do STJ. 2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais. 3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é na vertente de possuir efeitos imediatos a decisão que arbitra os alimentos provisórios, integrando tal direito temporário o patrimônio do alimentando, de sorte que a sentença a qual altera, posteriormente, esse provimento precário, fixando alimentos definitivos em valores inferiores, não tem o condão de retroagir em prejuízo daquele que recebe a aludida prestação. Assim, a sentença que arbitra alimentos definitivos opera *ex nunc*, não podendo ser usada para beneficiar o alimentante inadimplente. Destarte, o valor dos alimentos provisórios é devido desde a data em que foram fixados até a data em que proferida a sentença que os reduziu. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, 3.ª Turma, AgRg no REsp 1042059/SP, 2008/0057226-3, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 26.04.2011, *DJe* 11.05.2011).

O dispositivo do art. 13, § 3.º, da Lei de Alimentos, que prevê que os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário, não mais vigora em sua parte final, tendo sido derogado pelo Código de Processo Civil, lei posterior, que prevê que os recursos extraordinário e especial possuem apenas efeito devolutivo (art. 542, § 2.º). Portanto, caso os alimentos definitivos modifiquem os alimentos provisoriamente fixados, aqueles é serão devidos até decisão final, visto que o novo valor fixado passa a vigorar de imediato.

Quanto à *coisa julgada* nas ações de alimentos, dispõe o art. 15 que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados.

A doutrina atualmente, entretanto, tem entendido, contrariamente ao que dispõe a lei, que a sentença proferida em ação de alimentos produz, sim, coisa julgada, formal e material.

Na lição de Maria Berenice Dias, a possibilidade de revisão da sentença prolatada leva à falsa ideia de que as sentenças proferidas em ações de alimentos não são imutáveis. A assertiva, porém, não é verdadeira, como explica a autora:

Estabelecida a obrigação alimentar, que envolve inclusive o estado familiar das partes, transitada em julgado, atinge a condição de coisa julgada material, não podendo novamente essa questão ser reexaminada. Em se tratando de relação jurídica continuativa, a sentença tem implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, e a ação revisional é outra ação com objeto próprio, porque diferente a causa de pedir.<sup>297</sup>

A revisão do *quantum* da obrigação alimentar e sua extinção são possíveis ante a ocorrência de fato novo, que dá ensejo a uma nova relação jurídico-processual.

Não existindo alteração do binômio necessidade-possibilidade, e não havendo a descoberta de fato novo, por exemplo, os reais ganhos do alimentante, antes maculados,

<sup>297</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 518.

impossível a revisão da obrigação alimentar antes estipulada, haja vista a ocorrência de coisa julgada material quanto aos fatos postos e não modificados.<sup>298</sup>

É o que dispõe o art. 471, I, do Código de Processo Civil: “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

Por fim, a própria lei especial prevê que o Código de Processo Civil deve ser aplicado supletivamente aos casos tratados por esta legislação.<sup>299</sup>

## 2.5 Espécies de ações

### 2.5.1 Ações revisionais e exoneratórias de alimentos

A obrigação alimentar pode advir de uma ação de alimentos típica, nos moldes previstos na lei especial acima estudada, mas também pode resultar de ações ordinárias, cumuladas com outras questões e pedidos, bem como de alterações na situação fática das partes, mesmo depois de estabelecida a obrigação alimentícia inicial.

Atenta ao trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade e à característica de variabilidade de tais requisitos, a lei prevê a possibilidade de revisão ou exoneração do encargo alimentar.

---

<sup>298</sup> Na lição de Maria Berenice Dias, “a revisão dos alimentos é possível sempre que houver afronta ao princípio da proporcionalidade, quer porque houve alteração nas condições de qualquer das partes, quer porque esse princípio foi desatendido por ocasião da fixação dos alimentos” (*Manual de direito das famílias*, p. 519).

<sup>299</sup> Art. 27. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta lei as disposições do Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 1.699 do Código Civil, havendo alteração destes requisitos, ou de apenas um deles,<sup>300</sup> é possível, a qualquer tempo, a revisão do valor da obrigação alimentar.

Tendo em vista que a obrigação alimentar se prolonga no tempo, por se tratar de obrigação de trato sucessivo, é comum, e até mesmo esperado, que as condições de necessidade e possibilidade das partes se alterem ao longo dos anos.

Para Yusseh Said Cahali,

[...] a decisão ou estipulação de alimentos traz ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*: o respectivo *quantum* tem como pressuposto a permanência das condições de possibilidade e necessidade que o determinam; daí a sua mutabilidade, em função do caráter continuativo ou periódico da obrigação.<sup>301</sup>

A lei, assim, busca pela equalização do valor dos alimentos em virtude da modificação do binômio possibilidade-necessidade e da proporção entre eles. Por isso, prevê a existência de ações aptas a modificarem o *quantum* devido a título de alimentos em razão das mudanças sofridas no cenário fático.

Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande destacam que

[...] não basta a simples alteração na fortuna das partes para a revisão ou exoneração dos alimentos, sendo indispensável a comprovação das consequências dessa alteração na obrigação alimentar e a inviabilidade da manutenção do encargo no patamar outrora arbitrado. Deve haver, portanto, prova da efetiva alteração do binômio necessidade-possibilidade, sob pena de indeferimento do pedido.<sup>302</sup>

<sup>300</sup> TJDF, 1.<sup>a</sup> Turma Cível: A equação necessidade-possibilidade, alterada neste último fator somente, impõe a redução do *quantum* anteriormente estipulado (Apelação 34.224, 27.03.1995, maioria, DJU III 03.05.1995, p. 5.547).

<sup>301</sup> Yusseh Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 651.

<sup>302</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 143.

A ação revisional de alimentos, bem como a ação exoneratória, seguem o rito previsto na Lei de Alimentos, nos termos do disposto em seu art. 13.<sup>303</sup>

As ações revisionais e exoneratórias de alimentos devem ser propostas no foro de domicílio do alimentando, conforme determina o art. 100, II, do Código de Processo Civil.<sup>304</sup>

Não há que falar em conexão com a ação de alimentos anterior, o que tornaria o juízo da ação alimentar preventivo, tendo em vista que, nos termos do art. 106 do Código de Processo Civil, só há conexão quando as ações estejam correndo conjuntamente, de modo a não gerar decisões controversas. No mesmo sentido, Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

A regra do art. 100, II, do Código de Processo Civil visa à facilitação da ação ao alimentando, considerado parte frágil e hipossuficiente na relação alimentar.

Entende o Supremo Tribunal Federal, aplicando-se a Lei 5.478/1968 a ações revisionais e exoneratórias de alimentos, possível a fixação de alimentos provisórios nestas ações modificativas da obrigação alimentar,<sup>305</sup> sob o argumento de que a ação revisional

<sup>303</sup> Art. 13. O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.

<sup>304</sup> “Ação revisional de alimentos. Exceção de incompetência. Foro do domicílio do alimentando. Competência que se estabelece no momento do ajuizamento da ação. Inteligência dos artigos 100, II, e 87, ambos do Código de Processo Civil. 1. De acordo com o que preceituam o art. 100, II, e o art. 87, do Código de Processo Civil, a competência para processar e julgar as ações que envolvem alimentos é a do domicílio ou da residência do alimentando, fixando-se a competência no momento em que a demanda é proposta. 2. Nos termos do art. 87 do Código de Processo Civil, eventuais modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente são irrelevantes, salvo na hipótese de estas implicarem em alterações de competência no que se refere à matéria ou hierarquia, o que, contudo, não se verifica na hipótese vertente. 3. Recurso conhecido e provido” (TJPR, 11.<sup>a</sup> Câmara Cível, AI 3683532/PR, Rel. Fernando Wolff Bodziak, j. 05.09.2007, *DJ* 7469).

<sup>305</sup> STF, 1.<sup>a</sup> Turma, 02.09.1980, maioria, *RTJ* 100/101. No mesmo sentido: “Apelação. Ação revisional de alimentos com pedido de fixação de alimentos provisórios. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. I – Ressalta-se que deve ser analisado o binômio condições econômicas de possibilidade e necessidade das partes, com fundamento no princípio da proporcionalidade. II – No caso específico, não foi observada qualquer modificação das condições do apelante e do apelado” (Apelação Cível 20053003353/PA Rel. Maria do Carmo Araujo e Silva, j. 09.11.2009, *DJ* 19.11.2009); “Civil. Processo civil. Ação revisional de alimentos.

segue o rito previsto na Lei de Alimentos, que prevê a fixação, desde logo, de alimentos provisórios. Relata o julgado que a revisão dos alimentos tem como fato gerador a alteração das condições das partes, sendo sua finalidade ajustar a prestação alimentícia à nova situação vivenciada por alimentando e alimentante, alterando seu *quantum*.

Assim, se ao pleitear a revisão a parte o faz porque já se encontra modificada a situação fática, não haveria motivo para persistir até decisão final verba alimentícia em dissonância às modificações já verificadas no binômio necessidade-possibilidade.

Mesmo porque, se os alimentos fixados em sentença retroagem à data da citação, nada impede que sejam provisoriamente fixados já no início da demanda, para que atendam, desde logo, às novas necessidades das partes.

Por fim, cita o julgado o art. 13, § 1.º, da Lei 5.478/1968, explicando que

[...] os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes. Ora, se os próprios alimentos provisórios poderão ser revistos, a fim de mantê-los atualizados às necessidades do alimentando e aos recursos da pessoa obrigada, não há razão para negar-se essa atualização provisória no limiar da ação revisional, fundada na modificação da situação financeira das partes.

No entanto, é certo que, para a concessão de alimentos provisórios em ações revisionais de alimentos, deve o juiz fazer uma análise mais apurada do caso, como ocorre na concessão de toda tutela antecipada, visto aqui não existir mais aquele receio de lesão à vida e integridade da pessoa que necessita dos alimentos, pois ela já os recebe, ainda que de valor maior ou menor ante suas necessidades, diferentemente da ação de alimentos, em que o alimentando necessita dos valores dos alimentos provisórios até mesmo para sobreviver durante o curso da demanda.<sup>306</sup>

---

Concessão liminar. Possibilidade. Improvimento do recurso. 1. À ação revisional de alimentos aplica-se a Lei 5.478/68, no que couber. Logo, presentes os respectivos pressupostos, é lícito ao juiz, ao receber a petição inicial, conceder alimentos provisórios, em substituição aos que vigem, em atenção às peculiaridades do caso concreto. 3. Recurso improvido. Unânime” (4.ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 99571520078070000/DF, Rel. Estevam Maia, j. 24.10.2007, DJU 22.11.2007, Seção 3, p. 349).

<sup>306</sup> “Em resumo, na ação revisional de alimentos, não há obrigatoriedade de concessão de alimentos provisórios pelo juiz, mas mera possibilidade condicionada à verificação de circunstâncias excepcionais, com a demons-

Para Yussef Said Cahali, o mesmo entendimento se aplica às ações exoneratórias de alimentos:

[...] no caso de exoneratória ou redução da pensão, parece-nos que, desde que são admissíveis provisórios em ação revisional ajuizada pelo alimentando, similar razão de direito autoriza igualmente a sua redução ou exoneração liminar, na ação revisional ou exoneratória ajuizada pelo alimentante, verificados sumariamente os pressupostos que a autorizam, ainda que se exigindo redobrada cautela na concessão da liminar. [...] o binômio necessidade-possibilidade é pressuposto comum tanto do direito de quem recebe os alimentos, como da obrigação daquele que deve prestá-los.<sup>307</sup>

Em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, temos que a regra prevista no art. 13, § 2.º, da Lei de Alimentos, que prevê que os alimentos fixados retroagem à data da citação, só é aplicável à ação revisional quando há majoração do valor.

Quando há redução do valor da obrigação alimentar ou sua extinção por uma ação exoneratória, não há que falar em “efeito retroativo” da decisão judicial final à data da citação. Utilizam-se, aqui, os mesmos argumentos acima explanados que impedem a retroação à data da citação dos alimentos definitivos fixados em montante maior que os alimentos provisórios até então vigentes e exigíveis.

O simples alcance da maioria pelo alimentando não é motivo para a exoneração da obrigação alimentar, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça,<sup>308</sup> o qual encontra-se sumulado.<sup>309</sup>

---

tração sumária e prévia da insignificância da pensão que vem sendo paga, ou de sua manifesta insuficiência; admitida sua concessão *inaudita altera pars*, não se exclui, porém, a conveniência de designação de audiência de justificação para demonstração sumária do alegado” (Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 675).

<sup>307</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 677.

<sup>308</sup> “Alimentos. Maioridade do alimentando. Exoneração automática da pensão. Inadmissibilidade. Com a maioria, extingue-se o poder familiar, mas não cessa desde logo o dever de prestar alimentos, fundados a partir de então do parentesco. É vedada a exoneração automática do alimentante, sem possibilitar ao alimentando a oportunidade de manifestar-se e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover a própria subsistência” (STJ, 4.ª Turma, REsp 682.889/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.08.2005).

<sup>309</sup> Súmula 358 do STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

A exoneração ao pagamento da prestação alimentícia não é automática, necessitando de base processual própria, com dilação probatória e sentença final, modificando a sentença da ação de alimentos, até então válida e exigível.

Para Yussef Said Cahali, “se a sentença que fixou os alimentos transitou em julgado, ainda que formalmente, ou existe acordo homologado em juízo, somente mediante a ação revisional de alimentos, com nova sentença, se permite a modificação do *quantum* ou a exoneração do encargo”.<sup>310</sup>

Ainda quanto à exoneração da obrigação alimentar, há de se observar o disposto no art. 1.708 do Código Civil.<sup>311</sup> Segundo Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande,

[...] a exoneração dos alimentos também é um imperativo de direito quando configurada qualquer das causas previstas no art. 1.708 do Código Civil, quais sejam, o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, e o seu procedimento indigno em relação ao devedor.<sup>312</sup>

Quanto ao comportamento indigno do credor em relação ao devedor, a jurisprudência<sup>313</sup> adota, por analogia, as causas de indignidade previstas no art. 1.814 do Código Civil,<sup>314</sup> que trata da sucessão.

<sup>310</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 669.

<sup>311</sup> Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

<sup>312</sup> Francisco Vieira Lima Neto e Layra Francini Rizzi Casagrande, *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*, p. 142.

<sup>313</sup> “Sequência de ocorrências policiais estão a demonstrar que, efetivamente, houve um recrudescimento nas relações, com agressões e ameaças imputadas à autora que, caso comprovadas, poderão acarretar o reconhecimento da indignidade apta a afastar a obrigação alimentar, não sendo admissível que a ex-cônjuge/ex-companheira, que recebe o auxílio do ex-cônjuge/ex-companheiro, com fulcro no princípio da solidariedade familiar, venha a agredir ou ameaçar o alimentante de uma forma sistemática” (2.<sup>a</sup> Vara Cível da Comarca de Santo Ângelo, Processo 029/1.10.0011425-5, CNJ 0114251-36.2010.8.21.0029; *Diário de Justiça Eletrônico do Rio Grande do Sul*, n. 4.583, Disponibilização: 13.05.2011).

<sup>314</sup> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

Quanto à revelia, ensina Maria Berenice Dias que,

[...] ainda que na ação de alimentos a revelia do réu enseje os efeitos da confissão, quanto à matéria de fato (LA 7.<sup>o</sup>), dita presunção não se aplica em se tratando de ação revisional que busca a redução ou a exoneração do encargo alimentar. O pressuposto para essas demandas é a alteração de um dos vértices do binômio alimentar: a impossibilidade do alimentante de pagar ou a redução ou a inexistência da necessidade do credor. Tais assertivas dependem de prova, sob pena de a pretensão esbarrar na coisa julgada. O silêncio do réu não supre a necessidade dessa prova. Não se pode olvidar o fim protetivo da Lei de Alimentos. É em benefício do credor que são impostos os efeitos confessionais à revelia do devedor.<sup>315</sup>

Observe-se ser incabível a reconvenção no rito da lei especial de alimentos (que também rege as demais ações sobre o tema).

Se o devedor ingressar com ação exoneratória de alimentos e o credor desejar ingressar com ação revisional de alimentos para majoração da pensão devida, deverá formular demanda que, em razão da conexão, ensejará instrução e julgamento conjuntos, evitando-se decisões conflitantes.<sup>316</sup>

Em relação aos efeitos dos recursos, tem entendido a jurisprudência majoritária que ele deve ser recebido apenas em seu efeito devolutivo, quando interposto em sede de ação revisional ou exoneratória de alimentos.<sup>317</sup>

### 2.5.2 Outras espécies de ações alimentícias

A obrigação alimentar também pode ser discutida em ações de investigação de paternidade/maternidade, em que é possível o surgimento do vínculo de parentesco determinante da obrigação alimentar, no divórcio ou reconhecimento e dissolução de união estável,

---

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

<sup>315</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 515.

<sup>316</sup> Maria Berenice Dias, ao expor sobre o tema, fala em *litispendência* entre as ações, porém, por terem pedidos diversos, entendemos ser mais correto o uso da expressão *conexão* (*Manual de direito das famílias*, p. 485-486).

<sup>317</sup> TJSP, 4.<sup>a</sup> Câmara Cível, 29.12.1982, RT 570/59.

pois devidos alimentos entre os cônjuges e companheiros,<sup>318</sup> e também em ações civis ou coletivas que discutam reparações indenizatórias em virtude do cometimento de atos ilícitos.

Assim, levando-se em conta a origem e natureza da obrigação alimentar, possível verificar-se um arcabouço jurídico passível de levar a pretensão do alimentando a juízo.

Yussef Said Cahali faz uma diferenciação quanto aos alimentos provisórios e provisionais, com base no art. 13 da Lei de Alimentos, que determina a aplicação do rito especial, no que couber, às ações ordinárias de divórcio, nulidade e anulação de casamento, revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.

Tendo em vista que a própria lei diz que o nela disposto aplica-se, *no que couber*, às ações citadas, entende o doutrinador que, no caso da dissolução da sociedade conjugal, qualquer dos cônjuges poderá reclamar para si ou para os filhos sob sua guarda alimentos provisionais, nos termos do art. 852, I, do Código de Processo Civil,<sup>319</sup> específico a este tipo de ação. O mesmo se diga quanto à dissolução da união estável, por analogia.

Entretanto, tratando-se de ação alimentar típica, ajuizada por qualquer dos cônjuges em razão da cessação da convivência conjugal, a eles serão asseguradas as regras da Lei de Alimentos, inclusive a fixação de alimentos provisórios, nos termos do art. 4.º da lei especial.<sup>320</sup>

Assim entende o Supremo Tribunal Federal, direcionando pela possibilidade da fixação de alimentos provisórios também em ações de desquite (hoje, após alterações legislativas, ações de divórcio), nulidade e anulação de casamento, visto que a ressalva *no que*

<sup>318</sup> Art. 1.694 do Código Civil. Podem os parentes, *os cônjuges ou companheiros* pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (grifo nosso).

<sup>319</sup> Art. 852. É lícito pedir alimentos provisionais:

I – nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges.

<sup>320</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 621.

*couber*, prevista no art. 13 da Lei 5.478/1968, pressupõe a existência de incompatibilidade entre algum dispositivo da lei especial e as ações ordinárias nele previstas, o que não ocorre.

No mesmo sentido quando tratarmos de ação de investigação de paternidade. Ante a inexistência de vínculo comprobatório do parentesco, não há que falar na aplicação da Lei de Alimentos. Assim, os alimentos fixados no curso da demanda serão alimentos provisionais, nos termos das leis que regem o assunto (art. 852, III, do Código de Processo Civil<sup>321</sup> e art. 7.º da Lei 8.560/1992).<sup>322-323</sup>

Por fim, temos a ação de oferta de alimentos, prevista no art. 24 da Lei 5.478/1968. A parte responsável pelo sustento da família, e que deixar a residência comum por motivo que não necessitará declarar, poderá tomar a iniciativa de comunicar ao juízo os rendimentos de que dispõe e de pedir a citação do credor para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigado.

Segundo Maria Berenice Dias,

[...] contudo, não pode o alimentante simplesmente indicar o valor que se dispõe a pagar. É necessário que comprove seus ganhos, pois a fixação é

<sup>321</sup> Art. 852. É lícito pedir alimentos provisionais:

III — nos demais casos expressos em lei.

<sup>322</sup> Art. 7.º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

<sup>323</sup> Sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, necessária a verificação dos requisitos legais deste instituto. Tendo em vista a necessidade de prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações para concessão da tutela antecipada, temos que, apenas diante da existência de tais provas, como um exame de DNA positivo, cartas onde o requerido reconhece a paternidade a ele imputada, dentre outras provas robustas, poderá a medida antecipatória ser concedida. Caso contrário, utiliza-se da cautelar de alimentos provisionais.

Nestes termos, a jurisprudência: “Agravado de instrumento. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Pedido de antecipação de tutela. Concessão de liminar de alimentos provisórios. Pretensão de reforma da decisão de primeiro grau. Impossibilidade. Questão de natureza fática não comprovada. Inexistência de um mínimo de prova do parentesco. Necessidade de cautela. Decisão mantida. Agravo desprovido. Para a concessão da antecipação da tutela, é necessária prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, e, ainda, a demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O pedido de instituição de pensão alimentícia deve vir alicerçado em um mínimo de prova confiável da relação de parentesco, o que no caso não ocorre. Não demonstrados tais requisitos, é inadmissível o deferimento do pedido, que envolve questão fática complexa de investigação de paternidade” (TJPR, 12.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 6258673/PR, Rel. Costa Barros, j. 27.04.2011, DJ 627).

feita pelo juiz segundo o critério da proporcionalidade, não estando adstrito ao valor oferecido pelo autor.<sup>324</sup>

Neste mesmo sentido Yussef Said Cahali, para quem,

[...] confessada, desde logo, com a própria iniciativa da ação a obrigação do devedor de pensionar a família, a lide assume caráter de *judicia duplicia*, resolvendo-se em típico juízo de acertamento, com a possibilidade de serem fixados os alimentos, pelo juiz, em valores superiores à pensão oferecida pelo autor, pois, como evidencia o dispositivo legal (art. 24), o pedido é de arbitramento judicial e não de simples homologação de oferta unilateral.<sup>325</sup>

Por isso, a ação de oferta de alimentos também segue o rito processual disposto na Lei de Alimentos, inclusive no tocante à instrução probatória.

No entanto, para Yussef Said Cahali, a ação de oferta de alimentos diferencia-se da ação de alimentos intentada pelo alimentando no tocante à ausência das partes à audiência.

Para o autor, a ausência do autor-alimentante não obsta a que o juiz fixe por sentença os alimentos, uma vez oferecidos pelo próprio autor. Assim, não entende correta a aplicação da Lei de Alimentos que ordena o arquivamento dos autos, por falta de lógica. Se o credor necessita e o autor oferece, não há por que não conceder os alimentos.

Lembre-se que a lei especial é aplicável às demais ações que tratam de obrigações alimentares *no que couber*, ou seja, no que não for contrariada por outra lei, mais especial, ou pela própria natureza do instituto.

Quanto ao não comparecimento do réu alimentando à audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, entende que se deve aplicar o disposto no art. 7.º da

<sup>324</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 484.

<sup>325</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 606.

Lei de Alimentos, a saber, a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Conforme Yussef Said Cahali, impõe-se, assim, a procedência da ação, fixando-se o juiz a pensão alimentícia com base nas provas dos autos.<sup>326</sup>

No entanto, como anteriormente explicitado, quando tratamos do rito da ação de alimentos, em especial seu art. 7.º, o direito aos alimentos são indisponíveis, logo, não geram os efeitos da revelia, conforme art. 320, II, do Código de Processo Civil.

Na lição de Cahali,

[...] a revelia do réu na ação de alimentos não leva, por si só, à fixação da pensão pedida na inicial, [mas] isso não impede de reconhecer nela a admissão do fato constitutivo da obrigação de prestar alimentos, fixando-os o juiz segundo valores diversos apurados no conjunto probatório. Assim, em linha de princípio, a revelia induz presunção legal, mas relativa de serem reputados verdadeiros os fatos afirmados na inicial da ação de alimentos, vez que não dispensa a realização da audiência nem o juiz do exame objetivo da prova.<sup>327</sup>

Logo, o julgador não poderá simplesmente julgar procedente o pedido, nos termos da inicial, e sim, diante das provas produzidas, que comprovam as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, fixar valor razoável e proporcional.

É o entendimento da jurisprudência atual.<sup>328</sup>

<sup>326</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 606.

<sup>327</sup> Idem, *ibidem*, p. 589.

<sup>328</sup> “Ação de oferta de alimentos. Réu revel. A presunção a que se refere o artigo 319 do Código de Processo Civil, quando se tratar de direitos indisponíveis, como é o caso das ações de oferta de alimentos, é relativa. Ainda que assim não fosse, a despeito da regra do artigo 7.º da Lei n. 5.478/68, tem-se entendido, em ações dessa espécie, que a ausência de resposta não autoriza o acolhimento integral do pedido, uma vez que para a fixação da verba alimentar deve-se atentar para o regramento do § 1.º do art. 1.694 do Código Civil, o qual reza que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada; caso sobrevenha mudança na condição de quem paga os alimentos ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar, a qualquer tempo, exoneração, redução ou agravação do encargo” (TJDF, 2.ª Turma Cível, Apelação Cível 1060921820098070001/DF, Rel. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, j. 01.09.2010, *DJe* 20.09.2010, p. 75).

## 2.6 Prova nas ações de alimentos

A prova da obrigação alimentar, no caso de ações que seguem o rito especial da lei de alimentos, deve ser pré-constituída, conforme anteriormente estudado.

Para Yussef Said Cahali,

[...] as regras gerais do art. 333, I e II, do Código de Processo Civil reclamam alguma adaptação, no concernente aos pressupostos da necessidade do reclamante e da possibilidade do obrigado, postos como condições da pretensão alimentícia (art. 1.695 do CC).<sup>329</sup>

Tal assunto será mais bem apreciado nos capítulos seguintes.

Quanto aos meios de prova passíveis de produção nas ações que envolvam prestação de alimentos, as regras são aquelas previstas no Código de Processo Civil, aplicáveis aos procedimentos comuns.

A própria Lei de Alimentos prevê determinadas provas que podem ser produzidas no curso do processo. Tal previsão se coaduna com as normas gerais instrumentais, dispostas no Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável, posto que, embora a lei especial disponha sobre os meios de provas admissíveis, não prevê o modo de sua produção, como o faz profundamente a lei instrumental geral.

Em seu art. 5.º, § 7.º, prevê a Lei 5.478/1968, de forma imperativa, dispondo uma ordem ao julgador, que este, ao marcar a audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, oficiará ao empregador do réu, ou, se o mesmo for funcionário público, ao responsável por sua repartição, solicitando o envio, no máximo até a data marcada para a audiência, de informações sobre o salário ou os vencimentos do devedor.

---

<sup>329</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 583.

Tal documento tem por finalidade fazer prova das condições econômicas do alimentante, de modo a embasar a decisão judicial, uma vez que, em fase executória, determina a Lei 5.478/1968 a prioridade na efetivação da “sentença” executiva ou do acordo mediante desconto em folha. Assim, necessário saber os verdadeiros rendimentos do réu e sua fonte pagadora, o que pode ser conseguido mediante a expedição de ofício ao Instituto Nacional de Seguridade Social solicitando-se a realização de pesquisa em nome do requerido.<sup>330</sup>

Do mesmo modo, a doutrina admite a solicitação de extratos bancários do alimentante (em especial pelo sistema Bacen-Jud), movimentação de cartão de crédito, a requisição de cópias de declarações de imposto de renda (pelo sistema Info-Jud), a realização de prova pericial em livros contábeis, a expedição de ofícios ao Detran, cartórios de registro de imóveis, entre outros, tudo com a finalidade de perquirir adequadamente as possibilidades do alimentante.<sup>331</sup> Percebe-se que o Judiciário travou convênios com instituições a fim de obter essas informações de modo rápido e eficaz, como se dá com os convênios Bacen-Jud<sup>332</sup> e Info-Jud.

As demais provas, em razão do rito sumaríssimo empregado, deverão ser apresentadas pelas partes na própria audiência, nos termos do art. 8.º da lei especial.<sup>333</sup>

Ressalte-se que a lei, neste dispositivo, fala em “demais provas”, não as especificando, logo, não as restringindo a *numerus clausulus*.

<sup>330</sup> Lei 5.478/1968.

Art. 16. Na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no art. 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil.

<sup>331</sup> Belmiro Pedro Welter, Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada, p. 224.

<sup>332</sup> “Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Execução por quantia certa. Penhora *on line*. Sistema Bacen-Jud. Pedido realizado após vigência da Lei n.º 11.382/2006. Exaurimento das diligências para a localização de bens passíveis de penhora. Desnecessidade. Escólio jurisprudencial. Recurso especial provido. I – Não há omissão no aresto *a quo*, no qual analisou as matérias que, na sua compreensão, foram relevantes para solução da controvérsia. II – Com a edição da Lei n. 11.382/06, responsável pela inserção do art. 655-A no Código de Processo Civil, conferiu-se ao Poder Judiciário mecanismo compatível com a modernidade tecnológica, notadamente, a Internet, por meio da qual se determina, por meio do denominado sistema Bacen-Jud, a ordem de bloqueio de contas ou investimentos dos devedores (STJ, 3.ª Turma, REsp 1159807/ES, Min. Massami Uyeda, j. 16.06.2011, *DJe* 29.06.2011).

<sup>333</sup> Art. 8.º Autor e réu comparecerão à audiência acompanhados de suas testemunhas, 3 (três) no máximo, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

Por seu turno, o art. 9.º, § 2.º, prevê que, não havendo acordo preliminar em audiência, o juiz tomará o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, ouvidos os peritos, se houver.

Portanto, a própria lei prevê a realização de prova testemunhal, pericial e a co-lheita do depoimento pessoal das partes.

O artigo citado possibilita a dispensa das provas elencadas, se concordantes as partes.

Ressalte-se que as testemunhas, que pretendem as partes sejam ouvidas em audiência, devem comparecer à solenidade com os interessados, sendo no máximo três para cada.

Entretanto, nada impede que a parte indique suas testemunhas já no pedido inicial ou até a data da audiência, com tempo razoável<sup>334</sup> para que a serventia possa realizar sua intimação, sob pena de condução coercitiva, nos termos do Código de Processo Civil.<sup>335</sup>

Nada obsta, entretanto, a realização de todas as provas admitidas em direito, como a prova documental, por exemplo, a juntada de declaração de imposto de renda do réu, de modo a comprovar seus rendimentos,<sup>336</sup> ou de declaração médica, a fim de confirmar eventual doença do alimentando, que agrave suas necessidades.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> Art. 407 do Código de Processo Civil. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.

<sup>335</sup> Art. 412. A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa. Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento.

§ 1.º A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la.

<sup>336</sup> “Agrav. Alimentos provisórios. Alimentos provisórios majorados, considerando as necessidades presumidas da agravante em razão de sua menoridade, e as possibilidades do alimentante, espelhadas em sua declaração de imposto de renda. Alimentos provisórios arbitrados em 7 salários mínimos. Proveram. Unânime (segredo de justiça) (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Agrav. de Instrumento 70012538310, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 31.08.2005).

<sup>337</sup> “Família. Alimentos. Ação revisional. Redução. Maioridade civil. Fator não determinante. Implemento que não tem o condão, por si só, de afastar o direito a alimentos, decorrentes da relação de parentesco. Declaração de rendimentos incompatível com a realidade econômica do alimentante. Insuportabilidade financeira não demonstrada inteiramente. Dificuldades da alimentanda em custear a faculdade, além da ne-

Tendo em vista que a lei não prevê o modo de produção das provas nela elencadas e das demais admitidas, utiliza-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil para regulação desta matéria.

Assim, aplicável todo o anteriormente estudado acerca dos meios e objeto de prova, seus princípios, finalidade, bem como quanto às máximas de experiência, indícios e presunções, tendo como exemplo a presunção de necessidade que se tem em razão de o alimentando ser menor de idade ou incapaz.<sup>338</sup>

Ainda, nos casos de ações alimentícias de rito ordinário, por exemplo, o divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável, investigação de paternidade, quando cumulados com pedido de alimentos, o procedimento rege-se, por inteiro, pelo Código de Processo Civil, inclusive no tocante à fase instrutória.

Nas ações que envolvam a prestação de alimentos, em prol da dignidade da pessoa humana, da sobrevivência digna, da vida e saúde do alimentando, aplica-se, ainda mais, a doutrina que entende possível a busca pelo julgador de provas, mesmo que de ofício, para basear sua decisão, como anteriormente verificado.<sup>339</sup>

Por fim, cumpre ressaltar que Rolf Madaleno faz uma crítica pertinente à Lei de Alimentos, no tocante à sua fase instrutória. Para o autor, afigura-se “por demais açodada a

---

cessidade em realizar tratamento médico, comprovadas. Reavaliação do chamado binômio alimentar (ou trinômio, para alguns), confronto das necessidades de quem percebe e das possibilidades de quem paga. Redução que se impõe, porém em menor extensão. Embargos infringentes parcialmente acolhidos, por maioria (segredo de justiça) (TJRS, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes 70018724906, Rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 11.05.2007).

<sup>338</sup> “Alimentos. Maioridade. Com o implemento da maioridade, os alimentos deixaram de encontrar seu fundamento no dever de sustento para com o filho menor (art. 231, IV, CCB) – e que faz presumida a necessidade desse – e passam a amparar-se na obrigação alimentar existente entre parentes (art. 396 e seguintes, CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade, que deve, pelo filho maior, ser provada. Não se desincumbindo da prova, descabe arbitrar-se pensão ao filho maior. O fato de os filhos menores estarem trabalhando não é motivo suficiente para não lhes arbitrar alimentos, vez que a necessidade deles é presumida. Ao alimentante impõe-se a prova da falta de possibilidade para arcar com a pensão pleiteada, mormente quando valor é reduzido, em prol de dois filhos menores, que por certo maior necessidade possuem. Proveram parcialmente ambos os apelos. Unânime” (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70003331386, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 06.03.2002).

<sup>339</sup> Inclusive, é o que determina o art. 130 do Código de Processo Civil, ao dispor que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

concentrada fase probatória da Lei n. 5.478/1968, especialmente diante das hipóteses de o prestador de alimentos ser profissional autônomo, ou empresário e não perceber seus rendimentos por folha de pagamento”.<sup>340</sup>

Isso porque as provas pré-constituídas nestes casos inexistem, e, mais, quaisquer elementos que comprovem as possibilidades do requerido são de difícil obtenção.

Assim, seria preciso uma maior dilação probatória, com a intensa participação judicial, para obtenção das provas necessárias ao julgamento do feito, ou um entendimento diferenciado dos ônus probatórios nas ações de alimentos, como a seguir será proposto.

---

<sup>340</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 829.

## 3

## INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

## 3.1 Ônus da prova – regra geral

A relação jurídico-processual, conforme ensina Echandía, impõe às partes ou sujeitos processuais determinadas condutas no desenvolvimento do processo, cuja inobservância lhes acarreta consequências adversas, mais ou menos graves, como a perda de oportunidade de defesa, a execução de providências desfavoráveis, e mesmo a perda da ação. A atividade das partes é de fundamental importância para a sorte de suas pretensões ou defesas.<sup>341</sup>

Para a correta percepção do vocábulo *onus*, esclarecedora a lição de Pontes de Miranda, para quem

[...] o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade, há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve, [ao passo que] o ônus é em relação a si mesmo, não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse próprio do onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.<sup>342</sup>

Neste sentido, a necessidade e importância de as partes produzirem nos autos as provas de suas alegações, a fim de buscarem o resultado favorável a seus interesses.

E, de maneira a organizar e reger a atividade probatória das partes, bem como o modo de decidir do juiz na ausência de provas, prevê a lei as regras sobre o ônus da prova.

Na lição de Moacyr Amaral Santos,

<sup>341</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 393.

<sup>342</sup> Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III, p. 281.

[...] quando se invoca o ofício do juiz para que afirme a existência de uma relação de direito contestada ou simplesmente ameaçada, é indispensável a indicação do fato violador ou ameaçador daquela relação, ou seja, o ato ou fato jurídico que serve de fundamento à ação. É que aí, no ato ou fato jurídico, está aquilo que no direito das ações se chama a *causa petendi*, a causa de pedir. [...] O réu, defendendo-se, ou seja, contestando a narrativa do autor, indicará, por sua vez, os fatos em que se fundam suas conclusões. [...] Mas, como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do julgador (*allegatio et non probatio quasi nom allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato.<sup>343</sup>

No mesmo sentido Echandía, para quem o conceito de ônus da prova passa necessariamente por dois aspectos principais: o primeiro que indica ser uma regra para o julgador ou regra de julgamento, porque aponta como deve agir o juiz quando não encontra prova dos fatos sobre os quais deve se basear sua decisão, evitando proferir um *non liquet*; e, por outro aspecto, é uma regra de conduta para as partes, porque as orienta sobre quais fatos devem provar para que sejam considerados pelo juiz e sirvam de fundamento a suas pretensões ou exceções.<sup>344\_345</sup>

E complementa o autor concluindo que a importância das regras sobre ônus da prova se assenta na impossibilidade do *non liquet* e do fracasso do processo e consequente perda de tempo, trabalho e dinheiro, para as partes e para o Estado.<sup>346</sup>

Leo Rosenberg ensina que as normas sobre o ônus da prova são um complemento necessário de toda lei e de todo preceito jurídico capazes de serem aplicados por um juiz em um litígio que deve resolver, posto que sempre é possível que o juiz fique em dúvida acerca da realização de um pressuposto necessário para a aplicação do direito e sempre faz

<sup>343</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 93-94.

<sup>344</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 424.

<sup>345</sup> Do mesmo modo, Francesco Carnelutti prevê duas funções distintas para o ônus de provar, quais sejam estimular a ação das partes e, após, guiar o juiz em sua decisão acerca dos fatos desconhecidos (*La prueba civil*, p. 220).

<sup>346</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 450. E conclui: “A justiça e a função jurisdicional do Estado resultariam prejudicadas e frustradas inúmeras vezes ao não ser possível sentença de mérito, enquanto que se fomentaria a incerteza jurídica nas relações sociais, a repetição indefinida de processos para o mesmo caso, e se permitiria que os interessados nesta situação caótica pudessem facilmente burlar os fins do interesse público do processo e da jurisdição, ocultando provas e obstruindo a atividade informal do juiz” (tradução livre).

falta uma instrução que diga respeito ao modo de chegar, não obstante tais dúvidas, a uma sentença sobre o mérito da causa.<sup>347</sup>

Isso ocorre em virtude da proibição do *non liquet*, ou seja, do fato de o juiz não poder deixar de julgar, deixar de decidir a causa, colocar fim à lide. Assim, uma vez que deve proferir uma decisão, necessária se faz a existência de normas que auxiliem e instruem o julgador a decidir quando inexistentes ou insuficientes as provas produzidas acerca do fato litigioso.<sup>348</sup>

Por isso a importância da fixação pelo direito do ônus prova, ou seja, quem deve provar o quê? E quais as consequências da não comprovação do alegado?

Para responder a estas questões, leciona Echandía que é incorreto dizer que as regras sobre ônus da prova determinam quem deve provar cada fato, visto que tais regras assinalam unicamente quem tem *interesse jurídico* de que resultem comprovados determinados fatos, porque pode se prejudicar ou sofrer consequências desfavoráveis pela falta da prova.<sup>349</sup> Assim, as regras sobre ônus da prova não distribuem a prova, ou seja, não identificam quem deve provar o que, mas sim a consequência da falta de prova ou de certeza.<sup>350</sup>

No mesmo sentido João Batista Lopes,

<sup>347</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 18.

<sup>348</sup> “Processual civil. Direito probatório. Distribuição da carga da prova. Parte autora que instrui mal a inicial. Oportunidade de produção de novas provas. Silêncio. Sentença. Anulação. Impossibilidade. Improcedência do pedido. 1. Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região em que se entendeu pela anulação da sentença porque ‘ausentes, nos autos, os elementos probatórios imprescindíveis ao exame da causa, [...], a ensejar a adequada instrução do processo’. 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação ao art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que incumbia à parte autora fazer prova do que alegou na inicial, razão pela qual, reconhecida a inexistência de prova dos fatos constitutivos de seu direito, correto seria o julgamento de improcedência do pedido, e não a anulação da sentença a fim de que fossem produzidas novas provas, as quais, em momento algum, foram solicitadas na primeira instância pela própria parte autora. 3. O chamado ‘ônus da prova’ é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos” (STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, REsp 840690/DF, Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.2010, DJe 28.09.2010).

<sup>349</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 427.

<sup>350</sup> Idem, *ibidem*, p. 445.

[...] não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo. [...] No ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas, se não o fizer, nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131).<sup>351</sup>

E ainda, citando Pontes de Miranda, ensina o citado autor que

[...] a diferença entre dever e ônus está em que o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse próprio do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.<sup>352</sup>

Podemos entender, conforme Francesco Carnelutti, que a distinção entre ônus e obrigação está na diversidade de sanções cominadas a quem não realiza o ato devido. Existe *obrigação* quando a inércia dá lugar à sanção jurídica (execução ou pena), enquanto, se a abstenção do ato faz perder apenas os efeitos úteis do próprio ato, temos a figura do *ônus*.<sup>353\_354\_355</sup>

Logo, quem realiza a prova, desincumbindo-se do seu ônus, tem maiores chances de ter um julgamento favorável a seus interesses. Aquele que não comprova o que alega se vê com maiores possibilidades de obter uma decisão desfavorável, caso o julgamento se dê na ausência de provas, mediante a aplicação das regras sobre o ônus da prova.

<sup>351</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 34.

<sup>352</sup> Idem, *ibidem*, p. 34-35.

<sup>353</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 217.

<sup>354</sup> Para Moacyr Amaral Santos, o ônus da prova no processo “não se trata de um *dever jurídico*. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, de necessidade, interesse, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados” (*Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 94).

<sup>355</sup> Ainda quanto ao conceito de ônus, ensina Eduardo Cambi que “o ônus pode ser definido como a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, não havendo sujeição ou um outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância, visto que o seu não cumprimento pode acarretar apenas consequências desfavoráveis para a pessoa beneficiada” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 315).

A atividade probatória das partes se manifesta como emanção do interesse natural que possuem no êxito do processo, como uma necessidade prática sem cuja realização as partes perderiam o processo. Por isso o uso da expressão “ônus da prova”, mediante o qual se coloca em evidência que se vincula uma desvantagem à omissão da atividade probatória, a saber, a rejeição do pedido e a conseqüente perda da ação.<sup>356</sup>

Importante ressaltar que a simples realização da prova não assegura um julgamento favorável, porém há maiores chances que isso aconteça quando a parte comprova o que alega.

No direito romano, ensina Moacyr Amaral Santos, aplicava-se a regra de que o ônus da prova incumbia

[...] a quem *diz*, ou *afirma*, ou *age*. Ora, quem vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit onus probandi*. [...] Mas como nem sempre a defesa do réu consiste em negar o fato afirmado pelo autor, e sim, muitas vezes, consiste na articulação de outro fato que extingue, anula, impede ou modifica aquele, a defesa, então mais corretamente chamada *exceção*, importa numa afirmação que, cumpre, igualmente, ser provada por quem a traz a juízo.<sup>357</sup>

Assim, conforme também entende Leo Rosenberg, não deve prosperar o entendimento de alguns de que a prova deveria caber exclusivamente ao demandante, visto que, assim, se entregaria o direito à boa vontade do demandado, e se chegaria a um estado de insegurança jurídica que equivaleria à falta de proteção. O demandado poderia privar o demandante de seu direito mediante meras negações ou afirmações arbitrárias. É certo que não se exige nada de injusto do demandado, visto que não é estranho ao assunto e pode assegurar-se dos meios de prova do mesmo modo que o demandante.<sup>358</sup>

<sup>356</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 79.

<sup>357</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 95.

<sup>358</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 115.

Ao prever as normas sobre ônus da prova, determinando a quem cabe a prova de cada fato, adota o Código de Processo Civil brasileiro uma *concepção estática, pré-distribuída do ônus da prova*, sem levar em consideração o caso concreto.

E tal é feito desse modo visando à *segurança jurídica*, ou seja, segurança às partes, que de antemão sabem seus deveres, e segurança ao julgador e à sociedade, uma vez que previamente se encontra fixada regra abstrata a ser seguida pelo juiz no caso de as alegações não restarem suficientemente comprovadas nos autos.

Antes de dar início ao processo, as partes, em razão de sua situação processual (se autor ou réu), já sabem, de antemão, seus ônus probatórios, independentemente dos fatos e direitos a serem discutidos nos autos.

Segundo Artur Carpes,

[...] ao remeter o critério para distribuição dos ônus probatórios à lei material, de modo a fixar o ônus da prova de modo geral e abstrato sob os ombros da parte que pretende ver reconhecido determinado direito, criou-se a disciplina normativa que teve a pretensão de excluir outra possibilidade de regulação que considerasse, por exemplo, aspectos relacionados à realidade concreta do processo, tais como questões ligadas à maior ou menor facilidade de acesso às pessoas. A intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando, assim, visão puramente liberal do fenômeno.<sup>359</sup>

O art. 333 do Código de Processo Civil visou, assim, atender ao princípio da igualdade, distribuindo o ônus da prova entre os interessados, na exata medida de seus interesses, dando *tratamento igualitário* (mas nem sempre isonômico) às partes conflitantes no processo civil.

Para Eduardo Cambi,

[...] esse critério está baseado no interesse na afirmação do fato; assim, a parte que alega deve tentar buscar os meios necessários para poder influir

---

<sup>359</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 68.

na decisão do juiz a respeito da existência dos fatos que integram a sua eventual esfera jurídica. [...] O critério de distribuição da prova, adotado no art. 333 do CPC, leva em consideração a posição das partes no processo e a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões e exceções, atribuindo ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu, a dos impeditivos, extintivos e modificativos.<sup>360</sup>

Quem tem interesse na afirmação do fato tem o ônus de prová-lo.

Cada parte tem o ônus da afirmação e da prova com respeito aos pressupostos ou características ou estado das coisas relativos às normas jurídicas que lhes são favoráveis, isto é, das normas sem cuja aplicação a parte não pode obter êxito no processo.<sup>361</sup>

A função do ônus da prova é estimular a parte gravada a fornecer ao processo a prova de que tem necessidade, de modo a fixar os fatos controvertidos desconhecidos para o juiz, conforme entende Francesco Carnelutti.<sup>362</sup>

Objetivamente, a decisão judicial será desfavorável a quem deveria provar e não apresentou as provas. É a regra de distribuição do ônus da prova.

Para Moacyr Amaral Santos,

[...] não provados os fatos alegados, por quem tem o dever de prová-los, não decorre o direito que deles se originaria se provados e, como consequência, permanece o estado anterior à demanda. O juiz, não achando elementos para reconhecer a verdade, não pode ir além do estado de fato preexistente à ação, e decidirá de forma a assim ficar, ou repelindo a ação, ou rejeitando a exceção.<sup>363</sup>

Echandía explica que, mesmo que as partes ajam com veracidade, probidade e lealdade na produção probatória, o que, diga-se, é de rigor, as regras sobre a distribuição do

<sup>360</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 322.

<sup>361</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 198.

<sup>362</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 218.

<sup>363</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 332.

ônus da prova continuam importantes, pois pode ser que a parte deixe de produzir prova, por exemplo, por ignorância.<sup>364</sup>

Por fim, cumpre ressaltar que permite a lei, em seu art. 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a *inversão convencional do ônus da prova*, prevendo, como acima se afirmou, a igualdade das partes nas ações cíveis em geral, inclusive no tocante ao processo e à instrução probatória.

Importante ressaltar que a distribuição diversa do ônus da prova pelas partes é passível de invalidação quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.

Para Eduardo Cambi,

[...] essa limitação se justifica na medida em que a autonomia negocial não pode ser tolerada indistintamente, porque isso levaria à quebra da igualdade de tratamento entre as partes (paridade de armas), aumentando-se os riscos de injustiças. [...] Como o processo não serve para tutelar o litigante mais hábil, mas aquele que tem razão, fazendo justiça no caso concreto, deve a lei evitar convenções abusivas que violem a isonomia processual.<sup>365</sup>

E completa: “a expressão ‘excessivamente difícil’ não deve, necessariamente, se aproximar da noção de *impossibilidade*, mas representar uma dificuldade que ultrapassa aquela que normalmente deveria ser suportada por quem teria o dever de fornecer a prova”.<sup>366</sup>

Ainda, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor prevê a nulidade de convenção que imponha ao consumidor o ônus da prova de suas alegações, trazendo-lhe prejuízos.<sup>367</sup>

<sup>364</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 448.

<sup>365</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 407.

<sup>366</sup> Idem, *ibidem*, p. 408.

<sup>367</sup> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

A doutrina ainda reconhece a inversão legal do ônus da prova, que se verifica quando a própria lei prevê uma presunção relativa, acima estudada; e a inversão judicial, que tem, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, que será mais bem explanada em tópico próprio.

### 3.1.1 Ônus subjetivo

Na lição de Rodrigo Xavier Leonardo, a distinção entre ônus subjetivo e ônus objetivo da prova sintetiza uma distinção entre duas fases processuais,

[...] a fase instrutória, na qual destaca-se a função da *regra de conduta*, e a fase decisória, na qual as normas sobre ônus da prova refletiriam um caminho para o pronunciamento judicial diante do *quantum* probatório desenvolvido pelas partes, refletindo, assim, a função de *regra de julgamento*.<sup>368</sup>

Assim, o ônus subjetivo trata de regra de comportamento das partes na atividade probatória, que dita quem deve provar o quê.

Para Leo Rosenberg, ônus subjetivo da prova é o ônus de fornecer a prova.<sup>369</sup>

De acordo com Fredie Didier Jr., trata-se de regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar.<sup>370</sup>

Por seu turno, Echandía entende que o aspecto subjetivo do ônus da prova contém uma norma de conduta para as partes, porque lhes assinala quais fatos lhes convêm sejam provados com o fim de obter uma decisão favorável a sua pretensão ou exceção, não obstante lhes deixe em liberdade para agir ou não.<sup>371</sup>

<sup>368</sup> Rodrigo Xavier Leonardo, *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 122.

<sup>369</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 34.

<sup>370</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 73.

<sup>371</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 427.

Assim, tais regras têm a função de orientar as partes no sentido de como devem agir no processo, determinando a atividade probatória de autor e réu.

O ônus de provar um fato cabe à parte cujo pedido (pretensão ou exceção) o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável; ou seja, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico perseguido por ela, independentemente de sua posição processual, conforme entendimento de Echandía.<sup>372</sup>

Melhor elucidando seu entendimento, ensina o autor que é certo que ao demandante corresponde o ônus de provar os fatos que alega como fundamentos de sua pretensão e, portanto, constitutivos desta, mas só no sentido de que se trata daqueles previstos na norma que invoca o que lhe é favorável como pressuposto de sua aplicação; também é certo que ao demandado corresponde o ônus de provar os fatos que alega como fundamentos de sua exceção e, em consequência, como impeditivos ou extintivos da pretensão do demandante, tão somente enquanto se trata daqueles que servem de pressuposto da norma cuja aplicação lhe favorece. Contudo, a prova que corresponde ao demandante não se limita aos fatos cuja natureza em abstrato seja constitutiva, porque, quando alegar fatos extintivos ou impeditivos de uma situação ou um direito reclamados pelo demandado, deverá o primeiro demonstrá-los se são pressupostos da norma cuja aplicação reclama ou lhe resulta favorável; tampouco se limita a prova a cargo do demandado aos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão do demandante, porque tais fatos podem ter caráter de constitutivos de um direito ou de uma relação jurídica que aquele reclame em oposição aos pretendidos por este.<sup>373</sup>

Ao autor cabe, em regra, a demonstração dos *factos constitutivos* de seu direito.

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, fato constitutivo “é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enqua-

<sup>372</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 490.

<sup>373</sup> Idem, *ibidem*, p. 492.

drado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular”.<sup>374</sup>

Para Moacyr Amaral Santos, “por *atos constitutivos* se entendem os que têm a eficácia jurídica de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica e, geralmente, também a função de identificar seus elementos”.<sup>375</sup>

Por sua vez, ao réu cabe, em regra, a demonstração de *atos extintivos, impeditivos ou modificativos* do direito afirmado pelo autor, as chamadas “defesas de mérito indiretas”.

O fato extintivo “é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação, a prescrição, a exceção de contrato não cumprido, a decadência legal”.<sup>376</sup>

O fato impeditivo, por seu turno,

[...] é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual. [...] é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais.<sup>377</sup>

Por fim, o fato modificativo do direito do autor “é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor”.<sup>378</sup>

João Batista Lopes resume que fato constitutivo do direito é o “acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor”; fato impeditivo “é o que obsta as con-

<sup>374</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 77.

<sup>375</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 145.

<sup>376</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 78.

<sup>377</sup> Idem, *ibidem*, p. 78-79.

<sup>378</sup> Idem, p. 79.

seqüências jurídicas objetivadas pelo autor”; fato modificativo “é o que opera alteração na relação jurídica”; e fato extintivo “é o que acarreta o fim da relação jurídica”.<sup>379</sup>

Ainda, importante dizer que, mesmo simplesmente negando os fatos afirmados pelo autor, mediante uma defesa de mérito direta (lembrando que a defesa de mérito indireta ocorre quando o réu traz fatos novos ao processo), cabe ao réu realizar a contraprova, de modo a demonstrar o contrário do alegado e comprovado pelo autor. Outrossim, realizando o autor prova do que alega e limitando-se o réu a negar o afirmado, sem comprovar suas negações, a ação será julgada procedente, em regra.

Cabe lembrar, como acima já analisado, que as negativas indeterminadas geram provas impossíveis ou de extrema dificuldade de produção. No entanto, as demais negativas, não indeterminadas, nada mais são do que afirmativas ditas de outro modo, comportando, assim, produção probatória.

Interessante lição traz Moacyr Amaral Santos quando diz que existem duas modalidades de contestações a serem realizadas pelo réu:

a) o réu não reconhece o fato constitutivo, mas também alega fatos que o extinguem ou o impedem; b) o réu reconhece o fato constitutivo e alega fatos que o extinguem, impedem ou modificam. Na primeira modalidade, porque o réu nega o fato constitutivo, ao autor cumpre prová-lo; na segunda modalidade, como o réu reconhece o fato constitutivo, considera-se este provado; em ambas, porém, ao réu cabe dar a provas dos fatos que extinguem, impedem ou modificam a relação jurídica em litígio.<sup>380</sup>

E isso se dá dessa maneira tendo em vista que os fatos incontrovertidos independentemente de prova, como acima analisado.

Entretanto, é sabido que as partes se guiam de acordo com os seus interesses no processo, e não conforme seus ônus probatórios.

<sup>379</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 38.

<sup>380</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 146.

Se a parte realmente tem razão no que alega e tem meios de provar o que afirma, é certo que produzirá todas as provas que estiverem a seu alcance, não deixando nas mãos do julgador, ou mesmo da parte contrária, tal encargo.

Portanto, para a parte que possui meios de produzir prova a seu favor, não importa ser esse seu ônus ou não; irá produzi-la.

É certo que, conforme ensina Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, a parte, sabendo que arcará com as consequências da falta de prova, muito possivelmente comportar-se-á no processo no sentido de buscar a produção das provas do fato que alega. Neste sentido, o ônus subjetivo tem a relevância de determinar o comportamento das partes, mas não interfere no conteúdo da decisão.<sup>381</sup>

Para Eduardo Cambi, a feição subjetiva do ônus da prova

[...] contempla a situação de cada uma das partes perante os fatos, que estão na base de suas pretensões ou exceções, e sobre os quais geralmente se requer a realização de provas. [...] Consequentemente, o ônus da prova é [...] uma regra de conduta para as partes, uma vez que determina indiretamente quais são os fatos que cada um dos litigantes deve provar para serem considerados certos pelo juiz e para servirem de fundamento para as suas respectivas pretensões ou exceções.<sup>382</sup>

Segundo Leo Rosenberg, são importantes apenas os fatos que forem demonstrados, sendo indiferente quem os demonstrou. Mesmo a parte agindo, tentando fornecer a prova necessária para confirmação de sua afirmação, esta somente obterá resultado satisfatório no julgamento, se alcançar, igualmente, êxito na comprovação do alegado. Tão somente agir não importa, é preciso agir com êxito.<sup>383</sup>

O fundamento e importância do ônus subjetivo da prova, como norma de distribuição do risco da falta de certeza, encontram-se nos princípios da lógica, da justiça distri-

<sup>381</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 75-76.

<sup>382</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 317.

<sup>383</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 37.

butiva e da igualdade das partes ante a lei e o processo, isto é, na necessidade de dar a todas as partes uma adequada oportunidade e um guia seguro para a defesa de seus direitos, nas palavras de Echandía.<sup>384</sup>

Entretanto, essencial trazer o entendimento de doutrinadores como William Santos Ferreira, para quem durante a instrução probatória não há que falar em ônus da prova, visto que o art. 333 do Código de Processo Civil, que trata da matéria,

[...] regula a carência probatória, a falta de provas, solucionadora do *non liquet* no plano fático; para uma atividade instrutória útil, não se deve partir do elemento negativo da tarefa, isto é, do que não fazer, mas sim deve se entender o sentido positivo da produção de provas em busca do esclarecimentos das questões fáticas.<sup>385</sup>

E complementa o autor dizendo que

[...] analisar o ônus da prova sob uma perspectiva de orientação da conduta de cada uma das partes na instrução (ponto de vista subjetivo do ônus) é um equívoco que se contrapõe à *cooperação instrutória* que deve nortear os atos das partes, com base na boa-fé e que deságua na importantíssima compreensão do *princípio da aquisição e comunhão da prova*, que deve orientar a todos os partícipes para uma posição ativa na produção probatória, até porque, independentemente do responsável pela introdução de uma prova nos autos, o que importará é sua *qualidade* para a solução da questão fática, sendo que o primeiro beneficiário desta é aquele que tem o dever de decidir, o juiz.<sup>386</sup>

Portanto, por este entendimento, sendo irrelevante quem foi o responsável pela produção da prova, como de fato o é pelo princípio da comunhão da prova, o aspecto *subjetivo* do ônus da prova é considerado inadequado ou, no mínimo, tendo seu papel atenuado.

Entretanto, não há como não notar um caráter subjetivo na redação do art. 333 do Código de Processo Civil, ainda que acentuado pelos princípios inquisitivos, da comunhão da prova e pelos deveres instrutórios do juiz.

<sup>384</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 453.

<sup>385</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 198.

<sup>386</sup> Idem, *ibidem*, p. 216.

Sabendo as partes o modo como o julgador decidirá a lide no caso de ausência de provas, pautar-se-ão elas neste mesmo sentido.

No entanto, novamente esclarece-se que a parte, tendo como realizar a prova, e sendo o conteúdo desta favorável a seus interesses, não se prenderá às regras legais sobre o ônus da prova, e sim com a possibilidade de influenciar o julgador a seu favor. Assim, a parte realiza a prova a si favorável, independentemente se esta, legalmente, lhe é atribuída.

Na verdade, as regras sobre ônus da prova somente influenciarão as partes no modo de conduzir o processo no caso de esta encontrar-se em desvantagem e como modo de encobrir verdades, sob a alegação de que não possui o ônus de comprovar determinados fatos.

Para coibir tais condutas é que se defende a inversão dos ônus probatórios em casos determinados, como adiante se verá.

### 3.1.2 Ônus objetivo

Embora tenham as partes e o juiz deveres probatórios cooperativos em busca da verdade real e esclarecimento dos fatos alegados, “o processo não pode se prolongar indefinidamente, razão pela qual as exigências voltadas à pacificação social estabelecem limites para a atividade instrutória”.<sup>387</sup>

Assim, o sistema prevê uma saída para os casos em que há falta de prova esclarecedora dos fatos.

Tendo em vista a proibição do *non liquet* em nosso ordenamento, o juiz deve julgar mesmo que os fatos não se encontrem suficientemente provados, como já explanado.

---

<sup>387</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 215.

Logo, as regras de distribuição do ônus da prova determinam o julgamento improcedente em prejuízo daquele que deveria provar, mas não se desincumbiu do encargo.

“O ônus da prova não é uma alternativa, mas uma solução para a falta de alternativa no plano instrutório, é caminho subsidiário e do momento decisório”, nas palavras de William Ferreira.<sup>388</sup>

O ônus da prova é, para o juiz, regra de julgamento, a ser apurado pelo julgador quando estiver diante de dúvida invencível para o acolhimento ou rejeição das versões apresentadas pelas partes. Perde a parte que tinha o ônus de provar e não se desincumbiu.<sup>389</sup>

Segundo os doutrinadores Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, “o ônus objetivo entra em campo quando há uma insuficiência probatória e impõe a regra de julgamento desfavorável àquele que tinha o encargo de produzir provas, mas dele não se desincumbiu”.<sup>390</sup> E continua: “é regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável”.<sup>391</sup>

<sup>388</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 215.

<sup>389</sup> “Recurso especial. Direito do consumidor. Inversão do ônus da prova. Momento. Sentença. Possibilidade. Regra de julgamento. Ofensa ao princípio do contraditório. Inexistência. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O processo civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional. 3. As partes, no processo civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença. 7. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 1125621/MG, Min. Nancy Andriighi, j. 19.08.2010, DJe 07.02.2011).

<sup>390</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 31.

<sup>391</sup> Idem, *ibidem*, p. 73.

Em geral, salienta-se que o importante para o processo, para a resolução da causa, é o ônus objetivo da prova.<sup>392</sup>

Se a prova processual encontra-se completa, não há que buscar quem a produziu. Pelo princípio da comunhão das provas, estas pertencem ao processo, não importando quem nele as introduziu. Não há valoração, quer positiva, quer negativa, sobre quem produziu a prova.<sup>393-394</sup>

E tal complementação da prova pode ser dar, até mesmo, por meio da atividade instrutória do próprio magistrado, na busca da verdade.

<sup>392</sup> “Recurso especial. Direito do consumidor. Inversão do ônus da prova. Momento. Sentença. Possibilidade. Regra de julgamento. Ofensa ao princípio do contraditório. Inexistência. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O processo civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional. 3. As partes, no processo civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença. 7. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 1125621/MG, Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010, *DJe* 07.02.2011).

<sup>393</sup> Ensina João Batista Lopes que “a tendência atual entre os autores é atribuir importância às regras sobre o ônus da prova somente nas hipóteses de ausência ou insuficiência da prova produzida. É que, havendo nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo. Em verdade, no momento da produção da prova, o juiz não se preocupa com a questão do respectivo ônus, isto é, não diz a quem incumbe a demonstração das alegações, tema que só será objeto de indagação por ocasião do julgamento” (*A prova no direito processual civil*, p. 43).

<sup>394</sup> É lição de Eduardo Cambi que “o conteúdo genérico do ônus da prova, como regra de julgamento, consiste, pois, na impossibilidade de o juiz considerar um fato existente quando pairam razoáveis dúvidas sobre a sua existência, já que não lhe foram fornecidas as provas suficientes. [...] A regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo) é uma *sub-rogação* da prova, uma vez que, quando não se pode conhecer, a fim de que as dúvidas sejam dirimidas, e se deve julgar, é necessário *adivinhar*. Consequentemente, o ônus da prova em sentido objetivo é uma *exigência prática*, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à *denegação de justiça*, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5.<sup>º</sup>, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça. Trata-se, ademais, de um critério de racionalização da dúvida para, além de possibilitar o julgamento, evitar, mediante a disciplina de um modelo legal preexistente, o arbítrio judicial” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 328).

Na lição de Érico de Pina Cabral, o poder do juiz de produzir provas não interfere no ônus objetivo ora em estudo, visto esta ser regra alternativa e subsidiária que propicia o julgamento da lide na ausência de provas. Por sua vez,

[...] os poderes instrutórios do juiz são instrumentos de efetividade do processo, de participação complementar do juiz no esclarecimento da verdade dos fatos, com o fim de se obter um resultado justo. [...] A técnica (ônus da prova) e a prerrogativa (poderes instrutórios do juiz) não se combatem, mas se complementam no escopo processual de descobrir a verdade.<sup>395</sup>

Mesmo que a relação de direito material seja disponível, a relação processual é de interesse público, como acima estudado, de nítido caráter publicista, visto sua finalidade maior de alcance da justiça e da paz social. Assim, mesmo tratando-se de relação de direito individual disponível, ao juiz é permitida a ampla instrução probatória na busca da verdade, de modo a resguardar a relação processual publicizada, a garantir o alcance de suas finalidades.<sup>396</sup>

Quando os interesses em lide são indisponíveis, de ordem pública e interesse social, esta atividade instrutória do juiz se intensifica, visto os impactos sociais de sua decisão final, por exemplo, em casos envolvendo direitos coletivos, ou direitos de família.

Ensina Leo Rosenberg que o ônus da prova ajuda o juiz a achar a solução quando a livre apreciação da prova não apresentou resultados. O domínio do ônus da prova começa onde termina o domínio da livre apreciação da prova; se o juiz atravessou este último sem poder encontrar a solução, o ônus da prova lhe dá o que a livre apreciação da prova lhe negou.<sup>397</sup>

<sup>395</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 125.

<sup>396</sup> Para Érico de Pina Cabral, “os poderes de instrução são atribuídos ao juiz, independentemente da natureza do direito, em função do interesse público que existe no reconhecimento dos direitos subjetivos e na obtenção da justa definição da controvérsia. Enquanto o princípio da demanda resguarda a iniciativa processual ao interesse das partes, ao juiz cabe resguardar o escopo do processo e o interesse público do Estado de resolver a controvérsia em conformidade com a lei” (*Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 128).

<sup>397</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 82.

Desse modo, caso os fatos não se encontrem suficientemente provados, necessário investigar a quem cabia o ônus de provar e não o fez, a fim de que suporte os prejuízos de sua inércia.

São os dizeres de Eduardo Cambi, para quem

[...] o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas não implica a supressão da ideia de ônus da prova, porque essa noção é subsidiária, uma vez que não corresponde ao poder monopolístico de prova da parte onerada, servindo como regra de julgamento somente se as provas, que deveriam ser produzidas, não foram realizadas ou, se produzidas, são insuficientes para a formação do convencimento do juiz. Em suma, o ônus da prova não determina quem deve produzir as provas, mas quem assume o *risco* pela sua não produção.<sup>398</sup>

Assim, a regra de ônus probatório se mostra necessária e importante quando do julgamento, instante em que o magistrado deve avaliar e decidir.

Entretanto, ensina Eduardo Cambi que

[...] a falta de certeza, que determina ao juiz aplicar o ônus da prova em sentido objetivo, é inseparável do risco que pesa sobre a parte que não produz os fatos necessários para a aplicação da norma jurídica invocada e depende da verificação concreta desses fatos duvidosos. Com efeito, o juiz, na impossibilidade de resolver essa dúvida e ter elementos suficientes para formar a sua convicção, não tem outra saída senão contrariar os interesses da parte que, desde o início do processo, era responsável pela demonstração desse suporte fático. Portanto, o aspecto objetivo do ônus da prova está ligado, intrinsecamente, ao subjetivo, não podendo ser desprezado.<sup>399</sup>

Logo, o ônus da prova deve ser sempre verificado em suas duas vertentes, visto que cada uma delas se volta a um sujeito processual distinto, ora às partes (ônus subjetivo), ora ao julgador (ônus objetivo), sendo ambas importantes ao correto e completo deslinde do feito, com a realização de ampla instrução probatória, de modo a chegar a uma decisão justa diante dos fatos levados a juízo, possibilitando o integral acesso à ordem jurídica justa, efetiva e eficaz, geradora da perseguida pacificação social.

<sup>398</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 320.

<sup>399</sup> Idem, *ibidem*, p. 318.

### 3.2 Inversão do ônus da prova – generalidades

Nos termos da exposição de motivos do antigo Código de Processo Civil de 1939:

[...] a direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade.<sup>400</sup>

Trata-se do reconhecimento da concepção publicista do processo.

Assim, já em épocas passadas, a doutrina, a jurisprudência e o próprio legislador entendiam o caráter publicista do processo, sua função instrumental de fazer valer o direito material, atribuindo a quem o quê de direito, de modo a conduzir as partes e toda a sociedade à paz e harmonia.

E é neste diapasão que doutrina e jurisprudência começaram a estudar e aplicar a inversão dos ônus probatórios a certos casos apresentados em juízo, de modo a garantir o acesso efetivo à ordem jurídica e à justiça das decisões.<sup>401</sup>

Para José Roberto dos Santos Bedaque,

[...] se as normas são criadas, é porque a sociedade delas necessita. Pelo menos é o que se presume. Sua obediência, portanto, interessa ao Estado, visto que a verdadeira paz social somente se alcança com a correta atuação das normas imprescindíveis à convivência das pessoas. [...] Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas inaceitáveis, aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. Trata-se de função social do processo, que depende, sem dúvida, da efetividade

<sup>400</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 59.

<sup>401</sup> Para Rodrigo Xavier Leonardo, “por meio da inversão do ônus da prova, procura-se aproximar o direito material e o direito processual, fazendo com que os recursos de tutela jurisdicional sejam compatíveis com o direito substantivo discutido no processo. Foge-se da forma pela forma em busca da forma em razão da substância discutida” (*Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 249).

deste. Já que o Estado, além de criar a ordem jurídica, assumiu também a sua manutenção, tem ele interesse em tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas.<sup>402</sup>

Em crítica a nosso atual sistema de distribuição dos ônus probatórios, explica Echandía que nenhum critério que pretenda distribuir o ônus da prova, segundo a posição processual da parte, pode servir de regra geral, posto que esta teoria incide em um erro básico, qual seja o de atribuir todo o tempo ao demandante provar os fatos constitutivos, e ao demandado, os extintivos ou impeditivos. Se fosse contemplada a natureza do fato com independência da situação processual da parte e se fosse considerado o efeito jurídico perseguido ou a norma legal substancial cuja aplicação se reclama, a maioria das objeções que se realizam em relação a esta teoria restariam descartadas.<sup>403</sup>

É certo, como afirma Eduardo Cambi, que

[...] a posição do réu (no processo) é mais cômoda do que a do autor, pois não tem nenhum ônus até que o autor demonstre o fato constitutivo (*actore non probant, reus absolvitur*); somente após a demonstração do fato constitutivo, surge-lhe a necessidade de contrapor-lhe uma exceção.<sup>404</sup>

E complementa dizendo que

[...] a técnica de inversão do ônus da prova é um instrumento para proteger a parte que teria excessiva dificuldade na produção da prova (v.g., nos casos de responsabilidade civil decorrentes de transporte marítimo) ou para oferecer proteção à parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade, sendo a parte mais vulnerável (v.g., nas relações de trabalho subordinado).<sup>405</sup>

Obrigar esta parte *vulnerável, hipossuficiente*, a produzir determinada prova, a ela de extrema dificuldade ou mesmo impossível, é retirar-lhe a *paridade de armas no pro-*

<sup>402</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 11-12.

<sup>403</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, p. 469-470.

<sup>404</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 324.

<sup>405</sup> Idem, *ibidem*, p. 410.

cesso, afrontando-se o *princípio constitucional da isonomia*, negando-lhe o acesso à tutela jurisdicional e à ordem jurídica justa.

Na lição de Artur Carpes,

[...] a distribuição do ônus da prova, como aspecto fundamental do procedimento probatório, obviamente não pode deixar de estar conformada à Constituição, devendo exercer suas funções em consonância com os direitos fundamentais e com os princípios constitucionais de justiça. Dessa forma, é possível imaginar que nem sempre o arquétipo descrito na lei para distribuição dos ônus probatórios será válido, na medida em que, à luz do caso concreto, poderá a disposição estar violando direitos fundamentais processuais e, por via de consequência, indo de encontro à sua função de instrumento para a pacificação e a realização da justiça.<sup>406</sup>

É certo que o processo tem um caráter público instrumental de satisfação da adequada tutela do direito material. Para atingir esta finalidade, sua utilização deve estar voltada a proporcionar o melhor resultado possível, atendendo, com efetividade, a pretensão formulada pelas partes, e, neste contexto, o instituto da inversão do ônus da prova tem a finalidade de imputar maior encargo probatório à parte que detém melhores condições de produção das provas necessárias para o julgamento da lide.<sup>407</sup>

E, complementando, a técnica de inversão do ônus da prova, assim, teria diversas finalidades, dentre as quais a promoção de direitos, a promoção da igualdade substancial entre as partes, o incentivo de comportamentos sociais, pelo reflexo que estes terão no processo, e a aproximação entre direito material e processual.<sup>408</sup>

Entende a doutrina que a inversão do ônus da prova pode se dar *ope legis* ou *ope judicis*.

<sup>406</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 71.

<sup>407</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 332.

<sup>408</sup> Rodrigo Xavier Leonardo, *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 252.

### 3.2.1 *Inversão ope legis*

A inversão *ope legis* é aquela prevista e determinada em lei. Isto é, a própria lei já prevê a hipótese em que a inversão deve se dar, aprioristicamente.

Trata-se de regra de distribuição de ônus probatório diversa daquela contida no art. 333 do Código de Processo Civil, dela diferindo em seu conteúdo, mas constituindo, do mesmo modo, uma *regra de distribuição do ônus da prova determinada pelo legislador, abstratamente, independentemente do caso concreto em lide*.

Érico de Pina Cabral faz uma interessante diferenciação entre a *inversão legal direta e inversão legal indireta*.<sup>409</sup>

A primeira consistiria na atribuição direta pelo legislador do ônus da prova a determinada parte processual, de modo diverso do previsto na regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil.

Ensina o autor que,

[...] em certos casos típicos, a regra geral de distribuição do ônus da prova não se mostra suficiente para se atingir a adequada tutela dos direitos e a igualdade das partes. Por isso, o legislador desenvolve regras especiais inseridas, tanto no direito substantivo quanto no processual, cuja finalidade é transferir a uma parte, a prova que, normalmente caberia à outra.<sup>410</sup>

Temos como exemplo deste tipo de inversão do ônus probatório o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor. Independentemente de quem sejam as partes do processo e das peculiaridades do caso concreto, a lei, *a priori*, determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina, ou seja, ao fornecedor.

<sup>409</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 337-342.

<sup>410</sup> Idem, *ibidem*, p. 338.

No Código de Processo Civil, podemos citar o art. 337 como exemplo, que atribui o ônus da prova do teor e vigência de direito estrangeiro, estadual, municipal ou consuetudinário à parte que o houver alegado.

No Código Civil, temos o art. 877 que dispõe que aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.

Assim, trata-se de casos em que o legislador estabelece previamente a quem cabe o ônus da prova, sendo regras específicas e de disposições diversas perante a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil.<sup>411</sup>

Por sua vez, a *inversão legal indireta* ocorre quando o legislador estabelece presunções legais relativas.

---

<sup>411</sup> Outro exemplo é dado pela jurisprudência: “Responsabilidade civil. Dano moral. Erro médico. Acidente vascular cerebral. Predisposição da paciente tendo em vista sua idade avançada e grave estado de saúde. Risco inerente ao procedimento. Inocorrência de falha no atendimento prestado. I – Preliminar. Cerceamento de defesa. No caso em tela, a sentença recorrida fez incidir a regra legislativa (*ope legis*) do ônus da prova ao aplicar o § 3.º, do art. 12, do CDC, em relação às três causas de isenção da responsabilidade, atribuindo-o à demandada. A responsabilidade civil é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, isentando-se da responsabilidade somente quando provar a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva da vítima (consumidor) ou de terceiro (§ 3.º do art. 14, CDC). Trata-se de determinação legal (*ope legis*) de inversão do ônus da prova, e não a inversão que pende de determinação judicial, prevista no inciso VIII do art. 6.º da norma consumerista (*ope iuris*). Deste modo, no presente caso, tenho que não merece guarida a insurgência da demandada, porquanto, em se tratando de inversão legal do ônus da prova, não há que se falar em cerceamento de defesa, tampouco em surpresa da prestadora de serviços, visto que esta, em tese, estava ciente que haveria a inversão. II – Mérito. Responsabilidade civil. 1. O estabelecimento médico, enquanto prestador de serviços de saúde, responde pelo fato do serviço objetivamente, conforme o art. 14 do CDC. 2. Entretanto, para que essa regra jurídica consumerista incida de modo a imputar a ação da pessoa física ao nosocômio com a subseqüente responsabilidade objetiva do hospital, é indispensável que se constate culpa do médico que atendeu o paciente ou, então, que haja falha do serviço de atendimento hospitalar. Ausente uma ou outra hipótese, inviável o pleito indenizatório. 3. Na casuística, não havendo elementos indicadores de que o acidente cerebral vascular que acometeu a paciente quando submetida a delicado e necessário procedimento cirúrgico tenha decorrido da ação imperita ou negligente dos médicos do Instituto de Cardiologia, considerando que o estado de saúde da paciente era grave, bem como que a intervenção cirúrgica realizada visava a substituição da válvula mitral situação que, por si só, já apresentava alto risco de vida, tenho que as sequelas resultantes na paciente foram produzidas mais por sua própria precária condição de saúde, inexistindo nexo de causalidade adequada entre a conduta da ré e o dano sofrido. 4. Por conseguinte, tendo em vista que o corpo médico prestou atendimento adequado, dentro dos moldes preceituados para a gravidade e risco inerentes ao procedimento, tendo sido observadas todas as regras da ciência médica (*lex artis*) e atendidos os cuidados habituais, não pode o nosocômio ser responsabilizado, porquanto não houve falha na prestação do serviço. III – Ônus sucumbenciais. Redimensionados. Deram provimento ao apelo. Unânime” (TJRS, 9.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70023693682, Rel. Odone Sanguiné, j. 17.12.2008).

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, “a inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de presunção legal relativa. A parte que alega o fato está dispensada de prová-lo. Cabe à outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu”.<sup>412</sup>

Temos como exemplos dessa inversão legal, no Código Civil, o art. 1.253, que dispõe que toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário; no Código de Processo Civil o art. 319, que trata da revelia do réu e presume verdadeiros os fatos afirmados pelo autor quando não apresentada defesa, excetuadas as exceções do art. 320.

A inversão *ope legis* trata-se de regra de julgamento, visto que tanto as partes quanto o julgador sabem, de antemão, de quem é o ônus desta prova específica.

Tem-se entendido que a inversão *ope legis* não se trata verdadeiramente de inversão do ônus da prova, mas sim de regra que distribui diversamente, extraordinariamente, os ônus probatórios. É apenas uma exceção à regra geral de distribuição do ônus da prova, prevista no art. 333 do Código de Processo Civil.

Entretanto, teremos casos, como no citado art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, em que a regra específica constitui típica inversão do ônus da prova que, se não fosse pela legislação protetiva, oneraria a parte adversa.

Para Leo Rosenberg,

[...] do ponto de vista da parte favorecida pela presunção, é pertinente falar em um *alívio* no ônus da prova, já que esta deve provar o fato-base, pressuposto da presunção; do ponto de vista do adversário, é preferível falar em uma *inversão* do ônus da prova, pois se deve provar o contrário do fato presumido.<sup>413</sup>

<sup>412</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 80.

<sup>413</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 253.

É certo que, tanto na inversão legal direta quanto na indireta, o legislador atua no sentido de facilitar a produção da prova, por razões de interesse social, econômico ou ético. Em ambas as técnicas o resultado é o mesmo, “há inversão do ônus da prova em desfavor daquele que, sem a prova especificada na lei, possivelmente não obteria o reconhecimento dos pressupostos fáticos de sua pretensão”.<sup>414</sup>

### 3.2.2 *Inversão ope judicis*

Por seu turno, a inversão do ônus da prova classificada como *ope judicis* é aquela que *autoriza o magistrado a inverter o ônus da prova de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades*.

Explica Érico de Pina Cabral que esta modalidade de inversão trata

[...] daquelas hipóteses em que a lei autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a presumir (presunção relativa) como verdadeiros os fatos alegados por uma das partes, repassando, à outra parte, os ônus da sucumbência pela não produção da prova dos fatos negatórios (impeditivos, modificativos ou extintivos). [...] Trata-se de uma decisão estritamente vinculada a uma *presunção* formulada pelo próprio juiz, com base numa *regra ordinária da experiência comum*.<sup>415</sup>

Esta espécie de inversão do ônus da prova influi não só no ônus objetivo da prova, como regra de julgamento direcionada ao magistrado, uma vez que onera litigante diverso daquele apontado pela regra geral, devendo sobre ele recaírem os pesos quando insuficiente o arcabouço probatório, mas também no ônus subjetivo da prova, visto que não se trata de regra estática e previamente formulada.

A inversão judicial altera a regra geral quando a lide já foi posta em juízo e, assim, influi no comportamento das partes quanto a seus ônus probatórios.

<sup>414</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 343.

<sup>415</sup> Idem, *ibidem*, p. 345.

Temos como exemplo no direito brasileiro, o art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao julgador inverter o ônus da prova em causas que envolvam relações de consumo, quando verossímil a alegação do consumidor e sendo este hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Também o art. 232 do Código Civil autoriza o julgador a presumir verdadeiras as alegações de uma das partes quando a outra se recusa a realizar perícia médica determinada.<sup>416</sup>

Essa deve ser considerada como a verdadeira inversão do ônus da prova: embora existente e, *a priori*, aplicável ao caso em lide a regra geral de distribuição do ônus da prova, o julgador, com base nas peculiaridades do caso concreto, tem o poder-dever de inverter o ônus da prova, afastando a regra geral em prol do princípio constitucional da isonomia.

### 3.3 Teorias aplicáveis

A seguir, realizaremos o estudo de duas teorias importantes para o correto entendimento e a formação de bases e estruturas sólidas para uma teoria de inversão do ônus da prova, aplicável não só aos casos legalmente previstos, mas a todos aqueles que apresentem requisitos autorizadores da medida, mediante uma interpretação constitucional.

O embasamento teórico em teorias renomadas nacional e internacionalmente se mostra necessário e capaz de suprir eventuais dúvidas ou desconforto na aplicação da inversão do ônus da prova no direito brasileiro, bem como é capaz de demonstrar a inexistência

---

<sup>416</sup> “Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade de correrá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido” (STJ, 3.ª Turma, REsp 557.365/RO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2005).

de prejuízos às partes e à sociedade e/ou incompatibilidades constitucionais na adoção desta medida.

### 3.3.1 Teoria da parcialidade positiva do juiz

Para Nelson Nery Junior, citando regra do Código de Ética dos Magistrados, julgador imparcial é “aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição e preconceito”.<sup>417</sup>

No entanto, o mesmo autor entende que, enquanto ser humano que é, não se pode exigir do julgador neutralidade total quanto às coisas da vida, pois é certo que o juiz decidirá de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa. “A neutralidade que se lhe impõe é relativa às *partes* do processo (*neutralidade subjetiva*) e não às teses *in abstracto*, que se discutem no processo.”<sup>418</sup>

Em estudo sobre a “parcialidade positiva do juiz”,<sup>419</sup> que servirá de base para a elaboração deste capítulo, Artur César de Souza ensina que a imparcialidade do julgador é uma noção garantista, extremamente difundida em nossa sociedade, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entre outros.

Entretanto, o princípio da imparcialidade do juiz encontra raízes no liberalismo burguês do século XVIII, e, até os dias de hoje, é considerado dessa forma, ou seja, tendo-

<sup>417</sup> Nelson Nery Jr., *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 133.

<sup>418</sup> Idem, *ibidem*, p. 137.

<sup>419</sup> Artur César de Souza, *A parcialidade positiva do juiz*,; idem *Análise dos casos judiciais sob a óptica do princípio da “parcialidade positiva do juiz*

-se o julgador como “um eunuco político social, cego e insensível a qualquer diferenciação socioeconômico-cultural das partes no âmbito da relação jurídica processual”.<sup>420</sup>

Entretanto, é utópico pretender que o julgador não tenha vínculo com determinadas ideias, religião, não pertença a nenhuma classe social e econômica, não tenha suas formações políticas e culturais. Ainda, o julgador, como ser humano, possui, mesmo que inconscientemente, “simpatias, antipatias, predileções e prevenções, o complexo de instintos, emoções, hábitos e convicções, que modulam o ser humano”.<sup>421</sup>

Portanto,

[...] essa concepção ética da *imparcialidade* do juiz, consubstanciada na figura de um juiz eunuco social, político e cultural, vem apresentando sinais de envelhecimento e estagnação, uma vez que sua construção teórica está alicerçada num pensamento liberal burguês do século XVIII. Por isso, há tempos o conteúdo ético hermenêutico do princípio da imparcialidade do juiz vem merecendo uma nova leitura segundo as exigências e as circunstâncias de uma sociedade complexa e pluralista que se apresenta no limiar do século XXI, com gritantes diferenças sociais, econômicas e culturais.<sup>422</sup>

Para os autores que defendem a teoria da parcialidade positiva do juiz, o processo e sua sistematização são frutos não apenas de uma ordem normativa, ditada por leis, mas também de uma ordem externa ao sistema jurídico, qual seja uma integração de todo o sistema, em seus planos econômicos, sociais, culturais, que determinam o agir das partes e do julgador. Para a condução processual e prolação de decisões, o julgador deve levar em consideração o caso concreto e o modo como ele e as partes que nele litigam estão inseridos na ordem social, econômica, cultural, a fim de efetivar a justiça das decisões.

Para Artur César de Souza,

[...] reduzir, atenuar, ou mesmo eliminar as desigualdades materiais existentes entre as pessoas durante o exercício da atividade jurisdicional,

<sup>420</sup> Artur César de Souza, A parcialidade positiva do juiz, p. 28.

<sup>421</sup> Idem, ibidem, p. 30.

<sup>422</sup> Idem, p. 31.

com os olhos voltados para a realização material dos princípios do *devido processo legal, contraditório e ampla defesa*, é um dever do juiz como partícipe dos objetivos fundamentais das Repúblicas Democráticas, como a do Brasil. Postula-se, portanto, uma nova leitura da *imparcialidade do juiz* que permita o efetivo e material alcance dos objetivos traçados pelo constitucionalismo democrático-social, que prescreva ao juiz, através de medidas concretas e factíveis, o reconhecimento das diferenças e, ao mesmo tempo, atue segundo essas diferenças.<sup>423</sup>

A Constituição Federal do Brasil prevê, em seu art. 3.º, que são objetivos fundamentais da República Federativa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza, marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais.

Na lição do citado autor da teoria em análise, “evidentemente que, quando a Constituição Federal preconiza princípios constitucionais impositivos, impõe a observação de suas diretrizes a todos os ‘poderes estatais’, inclusive ao Poder Judiciário que não é algo à parte dessa estruturação política”.<sup>424</sup>

E esta é a base para o princípio da parcialidade positiva do juiz, que “preconiza uma atuação jurisdicional voltada à realização dos direitos fundamentais individuais e sociais previstos nas Constituições democráticas modernas”.<sup>425</sup>

A Constituição Federal, neste diapasão, busca a formação de uma sociedade justa, conforme o art. 3.º, I, o que certamente não ocorrerá em um processo judicial se por apatia e inércia do julgador não se chegar a uma solução fática da lide posta em harmonia com a mais provável hipótese do que ocorreu, ou seja, com a verdade, ou o que se conseguiu obter dela.<sup>426</sup>

Importante, porém, observar que o princípio da parcialidade positiva do juiz não descarta a existência da denominada *parcialidade negativa*, que nada mais é do que as

<sup>423</sup> Artur César de Souza, A parcialidade positiva do juiz, p. 35.

<sup>424</sup> Idem, ibidem, p. 69.

<sup>425</sup> Idem, p. 35-36.

<sup>426</sup> Neste sentido, William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 200.

hipóteses de vinculação pessoal do julgador com as partes, ou seja, as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado. Condutas tendenciosas, motivadas por interesses pessoais, amizade, inimizade, gratidão ou ódio, devem ser combatidas.

Esta face da parcialidade do julgador tem como fim “assegurar a independência do Poder Judiciário e a neutralidade político-partidarista do julgador”.<sup>427</sup>

Posturas direcionistas em relação a fatos determinados devem ser combatidas, mediante a faceta da parcialidade negativa do julgador.

No entanto, é certo que a imparcialidade não se esgota na imposição de uma série de proibições. Este princípio também reclama uma *postura de natureza positiva* por parte do magistrado. Segundo Artur César de Souza

[...] é a vertente positivista que aproxima a atividade jurisdicional à concepção de um processo *justo e equo*, bem como aos ditames de um constitucionalismo social. Ao determinar essa vertente que o juiz leve em consideração todos os interesses envolvidos na relação jurídica processual, principalmente no que concerne às diferenças sociais, econômicas e culturais das partes, supera-se, desta forma, a visão estritamente subjetivista da imparcialidade que tende a visualizar neste princípio apenas deveres e proibições em face da pessoa do juiz.<sup>428</sup>

É certo que, apenas quando o julgador estiver consciente das circunstâncias todas que integram a relação processual, intrínsecas e extrínsecas ao processo formal, normativo, tiver conhecimento das partes, seus anseios, suas diferenças sociais, econômicas, culturais, não apenas entre si, mas também em relação à sociedade e ao próprio julgador, estará em condições de proferir decisões eticamente imparciais. Somente assim o magistrado poderá reduzir a marginalização e os efeitos negativos das diferenças, proferindo decisões realmente justas.

<sup>427</sup> Artur César de Souza, A parcialidade positiva do juiz, p. 63.

<sup>428</sup> Idem, ibidem, p. 65.

José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar das atitudes positivas do juiz na fase instrutória, ensina que facultar ao órgão judicial maiores iniciativas neste campo “pode concorrer para equilibrar em certa medida as diferenças de recursos das partes, e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encarnadas, aqui e agora, da realização da Justiça”.<sup>429</sup>

Cobrir-se do véu da legalidade, do formalismo cego, leva a decisões formalmente legais, porém injustas e inefetivas do ponto de vista social.

#### Deve o julgador

[...] atuar de forma que ele possa reconhecer a diferença socioeconômica e cultural dos sujeitos da relação jurídica processual penal ou civil, e em razão dessa diferença objetivamente e racionalmente constatável permita-se conduzir por ela de maneira que possa efetivamente garantir a aplicação do *devido processo legal constitucional, o contraditório, o direito constitucional de ação e a ampla defesa, enfim, observar um processo com todas as garantias*.<sup>430</sup>

Assim, o princípio da parcialidade positiva do juiz nada mais busca do que a *humanização da atividade jurisdicional*, personalizando o processo, entendendo que “a fonte de injustiça está num sistema que reproduz em todos os níveis o abuso sem distinção de classe”.<sup>431</sup>

#### Segundo Artur César de Souza,

[...] romper com essa racionalidade intrassistêmica jurídico formal é ampliar a interpretação e aplicação do direito a outros subsistemas, permitindo-se um acoplamento estrutural importante e consistente, sem que com isso se rompa com a autopoiese do subsistema jurídico. Proclamar a necessidade de se levar em consideração na concretização do ordenamento jurídico as previsíveis consequências sociais, econômicas, culturais, patológicas,

<sup>429</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Reformas processuais e poderes do juiz, p. 66.

<sup>430</sup> Artur César de Souza, A parcialidade positiva do juiz, p. 71.

<sup>431</sup> Artur César de Souza, Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”, p. 265.

raciais, significa mais que uma pauta de reivindicação, passa a ser uma necessidade premente de legitimação de eficácia da ciência jurídica.<sup>432</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni,

[...] não há dúvida de que o processo não se confunde com o direito material. Porém, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre *autonomia e indiferença*. O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material, *não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial* [...] Na realidade, as confusões entre autonomia e neutralidade do processo e imparcialidade e neutralidade do juiz não são tão inocentes assim, *pois ambas têm a não elogiável intenção de afastar do poder judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nem o juiz, nem o processo, podem ser neutros.*<sup>433</sup>

Imparcialidade não se confunde com distanciamento. O princípio da imediatidade ordena a presença ativa do juiz no processo, dirigindo diretamente a instrução probatória. Assim, juiz ativo não se confunde com juiz parcial, pois o móvel daquele é o esclarecimento dos fatos postos em juízo a fim de garantir-lhe a convicção para um julgamento fundamentado. “Os deveres-poderes instrutórios do juiz são a ponte entre o dever de julgar (elemento estático) e o livre convencimento motivado (elemento dinâmico)”, nas palavras de William Santos Ferreira.<sup>434</sup>

E, ainda, é certo que a observância da teoria da parcialidade positiva do juiz não fere o princípio da segurança jurídica, tampouco torna o julgador autoritário e munido de “superpoderes”.

Conforme leciona Barbosa Moreira, a assunção de mais poderes pelo magistrado não retira das partes a condução do processo, e não lhe permite tomar iniciativas e decisões sem a estrita observância de certos requisitos legais, e de modo fundamentado:

<sup>432</sup> Artur César de Souza, *Análise dos casos judiciais sob a ótica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”*, p. 277.

<sup>433</sup> Luis Guilherme Marinoni, *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*, p. 12.

<sup>434</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 200 e 203.

[...] a instauração do feito depende, em regra, da iniciativa da parte. [...] Também cabe à parte fixar o objeto do processo, vedado o julgamento *extra* ou *ultra petita*. [...] É dado aos litigantes pôr termo ao pleito, mediante autocomposição da lide, por ato unilateral – reconhecimento do pedido, renúncia à pretensão – ou bilateral – transação.<sup>435</sup>

Assim, o julgador deve atuar nos limites do pedido e da causa de pedir, o que, por si só, reduz seu âmbito de iniciativas

E complementa o autor:

[...] é claro que a mais larga atribuição de poderes exercitáveis de ofício, na instrução do feito, de modo algum dispensa o órgão judicial de respeitar, na realização de quaisquer diligências, a garantia do contraditório, indispensável à salvaguarda dos direitos da defesa. Menos ainda o exonera do dever de motivar a sentença, mediante a análise dos elementos probatórios colhidos e a justificação do valor atribuído a cada qual. No controle da observância dessas imposições legais, e não no cerceamento da iniciativa do juiz, é que consiste o melhor antídoto contra as eventuais tentações de parcialidade.<sup>436</sup>

Logo, a estrita observância dos requisitos legais em sua atuação de ofício, a motivação das decisões e a atenção ao contraditório impedem que a atuação judicial na busca de uma solução justa torne o magistrado parcial.

Assim, a iniciativa probatória do juiz não o torna parcial, ao contrário, torna-o sujeito processual na busca da verdade e da justiça de suas decisões. Faz com que as diferenças materiais sejam minimizadas do ponto de vista processual, possibilitando às partes, minimamente, paridade de armas e decisões mais justas, consentâneas com a realidade dos fatos.

### 3.3.2 Teoria da carga dinâmica da prova

A teoria da carga dinâmica da prova nasceu na Argentina, tendo por seu autor o jurista Jorge W. Peyrano. Trata-se de uma nova doutrina que propõe a *flexibilização da rigi-*

<sup>435</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Reformas processuais e poderes do juiz, p. 57.

<sup>436</sup> Idem, ibidem, p. 49.

dez que as regras sobre os ônus da prova haviam tomado e, conseqüentemente, facilitar sua aplicação aos casos concretos.

Esta teoria vem sendo aplicada na Argentina desde 1992, quando nas V Jornadas Buenaireses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático redigiu-se a primeira declaração pública sobre a nova doutrina.<sup>437</sup>

De acordo com Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, a distribuição dinâmica do ônus da prova é a teoria segundo a qual

[...] a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação<sup>438</sup> e da igualdade.<sup>439</sup>

Tal teoria foca a atuação jurisdicional no caso concreto em análise, suas peculiaridades, ignorando, para fins probatórios, a posição do sujeito no processo.

Para José Carlos Teixeira Giorgis,

<sup>437</sup> Assim fora publicado: “Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba, que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal, deben ser preservadas como vigas maestras en la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso. [...] La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede e debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien este en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos”. Inés Lépori White, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 61.

<sup>438</sup> Para Suzana Santi Cremasco, “a distribuição dinâmica funda-se no princípio da colaboração, na medida em que, ao repartir os encargos processuais, tendo por base as condições das partes em produzir a prova respectiva, o magistrado coopera com a instrução, pois toca o encargo a quem pode efetivamente fazê-lo, mesmo que, por vezes, culmine por impor a um litigante que inicialmente não tenha o ônus do seu cumprimento. Em melhores condições de produzir a prova – mesmo sem ter, de início, o encargo – o litigante igualmente coopera para com o processo, porque pode fazer com que a prova venha, de fato, aos autos, contribuindo, assim, para a efetividade, justiça e adequação da solução final que será exarada, que poderá ser contrária até mesmo aos seus próprios interesses, não obstante condizente com a verdade e, como tal, passível de restabelecer a ordem e conduzir as partes à pacificação social” Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 86.

<sup>439</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 93.

[...] não se leva em conta nem a *parte* nem a *espécie* de fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo, mas o *fato em si*, cabendo a prova a quem tiver as condições mais privilegiadas em satisfazê-la. Desimporta o *prévio* e *abstrato* encargo, a *posição da parte*, ou a *qualidade do fato*, mas ressalta-se a *concretude do caso*, a *natureza do fato* a demonstrar, remetendo-se o encargo à parte mais acreditada para introduzir a prova no processo. A denominação se credita à mobilidade da prova em se adaptar ao fato concreto, achando alguns que se cuida de uma simples *releitura do princípio da solidariedade entre as partes*, o que também desemboca na *boa-fé* que norteia a conduta processual, quando se atribui faculdade probatória a quem tenha menos transtornos.<sup>440</sup>

Em resumo, o encargo probatório será determinado pelo magistrado *caso a caso*, a partir do exame e do cotejo das circunstâncias peculiares àquela lide em análise, sempre de forma a instruir o processo com um conjunto probatório que permita reconstruir, o mais próximo possível da realidade, o quadro fático sobre o qual recaia a divergência e que depende de decisão.<sup>441</sup>

Nas palavras da jurista argentina Ivana María Airasca, esta teoria é chamada de cargas probatórias “dinâmicas” porque o *onus probandi* independe de enfoques apriorísticos, independe da posição de autor e demandado no processo, dos tipos de fatos a serem provados, a fim de indicar que o ônus probatório pesa sobre quem está em melhores condições técnicas, de fato ou profissionais para produzir a prova necessária.<sup>442</sup>

Segundo Suzana Santi Cremasco,

[...] contrapondo-se ao fundamento das teorias clássicas e estáticas de repartição dos encargos probatórios – abstração e predeterminação – a teoria da carga dinâmica preocupa-se com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário. Adapta-se aos casos particulares, para, atendendo às circunstâncias específicas de cada qual, impor o ônus da prova à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova respectiva.<sup>443</sup>

<sup>440</sup> José Carlos Teixeira Giorgis, A prova dinâmica no direito de família. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7922-a-prova-dinamica-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

<sup>441</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 18.

<sup>442</sup> Ivana María Airasca, Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, p. 136 (tradução livre).

<sup>443</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 72.

A finalidade da distribuição dinâmica do ônus da prova é o verdadeiro alcance da produção probatória, de modo a se buscar a *verdade real*, ou seja, reproduzir nos autos os fatos da realidade, do modo mais próximo possível ao que realmente ocorreu, para a obtenção de uma decisão justa, consentânea com o direito material e com os ditames constitucionais.

Para Inés Lépori White, não é possível garantir o direito de defesa sem antes assegurar-se a justiça. Não há garantia de defesa à parte que fica à mercê da parte contrária porque não está ao alcance de suas possibilidades materiais a prova do caso. Assim, o principal fundamento da doutrina da carga dinâmica da prova é a aplicação da justiça ao caso concreto, por meio da equidade.<sup>444</sup>

Entretanto, a teoria encontra resistência. Nas palavras de Leo Rosenberg,

[...] o direito não pode deixar ao arbítrio do juiz a decisão sobre o que pertence ao fundamento da demanda e o que pertence ao fundamento das exceções. [...] A regulação do ônus da prova deve fazer-se mediante normas jurídicas cuja aplicação deve estar submetida à revisão pelo tribunal correspondente, e esta regulação deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para o juiz [...] uma distribuição livre do ônus da prova não é a liberdade com que poderia pensar uma magistratura bem aconselhada. A distribuição proporcionada e invariável da carga da prova é um postulado de segurança jurídica.<sup>445</sup>

Para o autor, a maior finalidade do processo é estabelecer e assegurar a paz jurídica, eliminando as incertezas entre as partes, sendo tal valor maior do que a averiguação da verdade.<sup>446</sup>

No entanto, é certo que, modernamente, além de preocupar-se com a segurança jurídica e a pacificação das partes, mais do que isso, a sociedade busca a pacificação social, a efetividade das decisões judiciais e uma ordem jurídica justa e isonômica, como mais adiante

<sup>444</sup> Inés Lépori White, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 66.

<sup>445</sup> Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, p. 86.

<sup>446</sup> Idem, *ibidem*, p. 86.

se verá, direitos fundamentais não alcançados pela segurança jurídica proveniente de regras estáticas, que encobrem a verdade e acabam por proclamar decisões inefetivas e injustas.

Para Artur Carpes,

[...] a distribuição dos ônus probatórios deve também atentar para que a atividade probatória das partes se desenvolva em termos ótimos, de sorte que a produção da prova alcance o grau máximo de efetividade na sua função de esclarecer a verdade acerca das alegações fáticas que constituem a controvérsia judiciária.<sup>447</sup>

Esta teoria rompe com a distribuição prévia e abstrata do ônus da prova, tutelando mais adequadamente o direito material mediante critérios abertos para distribuição do ônus probatório pelo juiz, gestor da causa. Ainda, evita que as partes se mantenham inertes no processo, deixando de produzir provas, uma vez que a dificuldade do outro em produzir prova que afirmaria seu direito a beneficia.

No mais, a distribuição dinâmica dos ônus probatórios visa à *igualdade substancial* das partes no processo, pois, por vezes, a regra legal, estática, abstrata, acerca do ônus da prova, por encontrar-se apartada da realidade, aplica aos casos concretos a igualdade formal, perante a lei, mas não a igualdade substancial, realmente isonômica.

A imposição genérica dos ônus probatórios pode criar desigualdades no processo, ordenando que determinado litigante faça prova daquilo que lhe é extremamente difícil ou até impossível, enquanto ao outro litigante tal produção probatória seria razoável.

De acordo com Artur Carpes,

[...] o ajuste dinâmico dos ônus probatórios permite ultrapassar as esquadrias da igualdade meramente formal para atingir seu módulo substancial. Se para uma das partes a prova de determinada circunstância de fato alegada nos autos é mais facilitada que para outra, não há como manter tal desequilíbrio, mediante a manutenção da distribuição positivada abstratamente na lei. Dinamiza-se o ônus, a fim de que a parte em melhores

---

<sup>447</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 89.

condições forneça o suporte probatório necessário à formação do juízo de fato, assegurando a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito.<sup>448</sup>

E complementa:

[...] caso fosse mantida a distribuição estática prevista no art. 333 do CPC, resplandeceria a inconstitucionalidade do procedimento probatório, por manifesta violação ao art. 5.º, XXXV, da Constituição, que outorga o direito fundamental de acesso à justiça mediante a observância da igualdade substancial de participação das partes no aporte da prova destinada à formação da convicção do órgão judicial.<sup>449</sup>

Importante ressaltar que a nova teoria não desconsidera a norma legal vigente sobre a distribuição do ônus probatório. Entretanto, reconhece que *há casos em que esta norma legal, abstrata e geral, não é suficiente à obtenção da verdade real*, à conclusão de como se deram os fatos, e, conseqüentemente, à aplicação justa e efetiva do direito.

Na lição de Suzana Santi Cremasco,

[...] o que se propõe é uma teoria que, naqueles casos em que o litigante ao qual incumbe a produção de uma dada prova não tem condições de fazê-lo, ao passo que o outro litigante inicialmente desincumbido o tem, autoriza ao magistrado, atento às peculiaridades do caso e valendo-se das regras de experiência, deslocar o ônus da prova, colocando-o nas mãos daquele que tem melhores condições para cumpri-lo. Tem-se, assim, uma complementação, um aperfeiçoamento da disciplina de distribuição dos encargos probatórios, tendo como norte os ditames que regem o processo civil moderno.<sup>450-451</sup>

Não se trata de propiciar outra regra rígida de distribuição dos ônus da prova que concorra em pé de igualdade com os parâmetros legalmente estipulados, mas de formular

<sup>448</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 84.

<sup>449</sup> Idem, *ibidem*, p. 85.

<sup>450</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 73-74.

<sup>451</sup> Para Paulo Rogério Zaneti, a teoria da carga dinâmica não afasta a aplicação das regras clássicas de distribuição do ônus da prova. Tratar-se-ia de uma regra complementar. “Essa teoria apenas repreende e critica o engessamento, a imobilidade, dessas regras em determinadas situações específicas nas quais as partes se encontrem em dificuldade de se desincumbir de seu ônus de provar” (*Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 119).

uma pauta “excepcional” que apenas funcionará onde aqueles manifestamente operam mal, porque foram elaborados para suposições normais e correntes, que não correspondem ao caso concreto em análise, conforme ensina Jorge Peyrano, autor da teoria em estudo.<sup>452</sup>

E é com base neste esclarecimento que entendemos correta a nomenclatura *inversão do ônus da prova* quando aplicados os encargos probatórios diversamente do estipulado prévia e abstratamente em lei, em que pese entendimento contrário.<sup>453</sup>

Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco, a inversão do ônus da prova nada mais é do que a alteração das regras legais sobre a distribuição do encargo impostas ou autorizadas por lei.<sup>454</sup>

As normas positivadas acerca do ônus probatório preexistem, não há como delas se olvidar. Mesmo porque, se forem aptas a gerar um arcabouço probatório capaz de produzir um resultado justo e eficaz no processo, *elas não serão afastadas*.

Para a aplicação de teorias que distribuem de maneiras diferentes o ônus probatório, por primeiro faz-se necessário considerar que as normas legais vigentes não são aptas à obtenção do resultado perquirido.

E, ainda, a inversão do ônus pode se dar em relação a um conjunto de fatos ou apenas quanto a uma alegação fática.

<sup>452</sup> Jorge W. Peyrano, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, p. 24

<sup>453</sup> Segundo Suzana Santi Cremasco, citando Fernanda Rochael Naciutti e Eduardo Cambi, o caráter dinâmico da distribuição do ônus probatório não se confunde com a inversão do ônus da prova, pois “a distribuição dinâmica do ônus da prova não parte de um critério apriorístico para determinar a sua alteração, mas, na essência, estabelece a cooperação das partes na colheita da prova, distribuindo os encargos de um modo tal que pode ou não ser condizente com a disciplina legal eventualmente existente”. Entendem os autores que, por incidir em casos em que o regramento estático é insuficiente ou inadequado, para a utilização da distribuição dinâmica do ônus probatório, este regramento inicial deve ser afastado, pressupondo-se sua inexistência, e por isso, não há que falar em inversão, visto que nenhuma das partes tem prévio encargo probatório. Não há que se sustentar a inversão de um ônus que, até então, não existia. Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 75.

<sup>454</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 76.

Deste modo, leciona o autor da teoria da carga dinâmica da prova, Jorge Peyrano, que dispõe que

[...] o deslocamento atípico do ônus probatório, que importa na aplicação da doutrina das cargas probatórias dinâmicas funciona, geralmente, em relação a determinados fatos ou circunstâncias e não em relação a todo o material fático. Isso implica que tal aplicação não acarreta um deslocamento completo dos ônus probatórios, mas tão somente parcial, conservando-se à outra parte a imposição de certos esforços probatórios.<sup>455</sup>

Assim, não concordamos com o Professor Artur Carpes quando este dispõe que, “quando se fala em ‘inversão’ está-se a pressupor a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra”.<sup>456</sup>

Cabe ao julgador especificar as circunstâncias de fato cujo ônus fora objeto de inversão, e tão apenas isso.

Visto que a nomenclatura *inversão* já é de conhecimento de nosso ordenamento jurídico, sendo assim utilizada no Código de Defesa do Consumidor, de rigor sua manutenção quando se buscam os mesmos objetivos.

Cabe ao magistrado, analisando o caso em lide, verificar e atribuir à parte que possua melhores condições o ônus probatório. O magistrado não fica adstrito a critérios abstratos e genéricos de distribuição do ônus da prova, devendo se pautar pelas regras de experiência e senso comum para verificar quem teria maiores facilidades de produzir determinada prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório.

Assim, por exemplo, ao genitor é mais fácil produzir a prova de quanto ele próprio percebe de rendimentos mensais, enquanto ao filho que com ele não possui contato, tampouco sabendo em que e onde o alimentante exerce atividade remunerada, esta prova é impossível ou extremamente dificultosa, embora, pela teoria clássica de distribuição do ônus

<sup>455</sup> Jorge W. Peyrano, La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica, p. 95 (tradução livre).

<sup>456</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 116.a

da prova, esta alegação integre os fatos constitutivos do direito do autor (possibilidades do alimentante, requisito para a fixação de alimentos, ao lado das necessidades do alimentando, como acima estudado).

Já para a teoria de distribuição dinâmica dos ônus probatórios não se leva em consideração para a fixação dos encargos probatórios a posição processual das partes ou a natureza dos fatos alegados, e sim a facilidade e acessibilidade do litigante na produção da prova, no auxílio judicial à busca da verdade real, e na obtenção de uma tutela jurisdicional justa.

Para Eduardo Cambi, esta moderna teoria

[...] parte da premissa de que ambos os sistemas de distribuição do *onus probandi* não tutelam adequadamente o bem jurídico coletivo. A distribuição do ônus da prova conforme a *posição da parte em juízo* e quanto à *espécie do fato* do art. 333 do CPC está muito mais preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer decisão (já que se veda o *non liquet*; art. 126 do CPC) – do que com a *tutela* do direito lesado ou ameaçado de lesão. Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a *dificuldade* ou a *impossibilidade* de a parte ou de fato serem demonstrados em juízo. Esta distribuição *diabólica* do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados.<sup>457</sup>

Conforme elucidado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, a distribuição dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios:

a) princípio da igualdade (art. 5.º, *caput*, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios de satisfazê-lo; b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras; c) princípio da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos; d) princípio

<sup>457</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 340-341.

do devido processo legal (art. 5.º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes; e) princípio do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva. [...] Percebe-se, pois, que o art. 333, CPC, não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que informam o processo civil cooperativo e igualitário. Consolida-se, assim, uma visão solidarista do ônus da prova, que viabiliza a justa e adequada tutela do direito material, em superação aos paradigmas individualistas e patrimonialistas.<sup>458</sup>

Assim, o julgador, durante a análise processual, determina quem possui melhores e mais fáceis condições de produzir a prova indispensável ao deslinde da questão posta em juízo, impondo-lhe tal ônus, e, conseqüentemente, os riscos advindos de seu descumprimento.

Logo, podemos, para aplicação da teoria, diagnosticar dois *critérios de aplicação*, quais sejam a *existência de dificuldade ou impossibilidade de realização da prova* por aquele a quem a lei, estática, abstrata, geral, impõe tal dever; e a *maior facilidade ou melhores condições do outro litigante em realizar tal prova*.

Artur Carpes explica o porquê da necessidade de critérios para a dinamização do ônus probatório, no que concordamos:

[...] justamente por não desconhecemos os perigos que giram em torno da relativização da lei, especialmente no que toca à consideração da segurança, valor também caro ao formalismo processual, torna-se devida a estipulação de critérios para operar, da forma mais segura possível, a conformação constitucional da regra disciplinadora do ônus da prova.<sup>459-460</sup>

<sup>458</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 94-95.

<sup>459</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 76.

<sup>460</sup> Ainda de modo a garantir a segurança jurídica da inversão do ônus da prova, Artur Carpes dispõe acerca da necessidade de motivação da decisão judicial, nos seguintes termos: “[...] a superação da distribuição positivada na lei acarreta a necessidade de estabelecer outro molde, a ser formulado pelo órgão judicial. Dessa forma, necessário que assim o faça mediante os critérios antes elencados, ligados aos direitos fundamentais da igualdade e do direito à prova. Será através de tais critérios que irá balizar-se a dinamização dos ônus probatórios no sistema jurídico brasileiro e, aliado a isso, tornar possível o controle de eventual arbitrariedade promovida pelo órgão judicial. Para que tenha esteio o livre convencimento motivado, o juiz deve fornecer, de maneira completa, o anúncio dos critérios utilizados para o alcance de tais conclusões sobre eventuais modificações no procedimento legal probatório. A motivação cumpre a tarefa de permitir que o ato jurisdicional exiba a própria verdade que, nesse caso, é o juízo correto, criticamente demonstrado e racionalmente aceitável” (*Ônus dinâmico da prova*, p. 130-131).

A dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do encargo probatório que inicialmente, pela norma geral e estática, foi destinado a cada um dos litigantes pode decorrer das mais diversas razões, social, econômica, cultural, informação, acesso, técnica ou hierárquica, sendo que quaisquer dessas razões, que dificultam a produção probatória, podem fundamentar, de forma objetiva, o primeiro requisito para a incidência da carga dinâmica.<sup>461</sup>

Em relação ao segundo critério para aplicação da teoria, entende Suzana Cremasco que o litigante, primeiramente não possuidor do ônus probatório, deve ter condições reais de trazer ao processo a prova do fato controvertido, podendo esta facilidade ser da mesma ordem da dificuldade da outra parte (econômica, social, cultural, técnica etc.).<sup>462</sup>

Segundo a autora:

Se a intenção da distribuição dinâmica é exatamente a de facilitar a produção da prova, não há sentido em que, por meio dela, imponha-se ao autor ou ao réu um encargo muito difícil, quando não impossível de se cumprir, inviabilizando o próprio acesso à justiça e o alcance de todos os princípios a ele correlatos. É indispensável, para que incida a teoria da carga dinâmica, que ao litigante a quem se impõe o ônus tenha condições – e condições efetivas – de assumir e de cumprir com o encargo determinado, porque, do contrário, não só não há qualquer razão de ser para a adoção da teoria, como se corre o risco de ferir o princípio da igualdade entre as partes.<sup>463</sup>

Importante salientar que a facilidade na produção da prova não se confunde com comodidade para tanto. Para a distribuição dinâmica do ônus probatório, o julgador deve estar diante de caso em que o alcance da prova necessária é efetivamente comprometido ou inviabilizado a um dos litigantes.<sup>464</sup>

<sup>461</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 86-87.

<sup>462</sup> “Processual civil. Penhora. Depósitos em contas correntes. Natureza salarial. Impenhorabilidade. Ônus da prova que cabe ao titular. 1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 619148/MG, 2003/0231962-3, Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.05.2010, DJe 01.06.2010).

<sup>463</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 97.

<sup>464</sup> Idem, *ibidem*, p. 87.

O jurista argentino Sergio José Barberio sustenta que se encontra em posição privilegiada de produzir a prova nos autos a parte que possui uma posição privilegiada ou destacada relativamente ao material probatório, seja em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, entre outros. Estas “melhores condições” de produzir a prova também podem fundar-se em razões profissionais, técnicas, econômicas ou jurídicas.<sup>465-466</sup>

Ainda, é certo que estas condições que levam a parte a ter o ônus probatório, em razão da inversão, devem ser comprovadas nos autos.

Oportuno salientar que, além de demonstrar as melhores condições da parte contrária para a produção de determinada prova, deve a parte inicialmente onerada demonstrar, também, sua impossibilidade de produzir a prova.

Na lição de Sergio José Barberio, é certo que, na maioria dos casos, a mencionada posição dominante sobre a prova seja evidenciada pelos documentos levados aos autos, da natureza da controvérsia, ou das próprias afirmações da parte melhor posicionada. No entanto, quando assim não se suceder, a parte que terá os ônus probatórios reduzidos deverá provar as melhores condições da parte adversa, ainda que indiretamente. Contudo, por óbvio, tratar-se-á de uma produção probatória simples. É certo que a parte que é liberada da prova deve também desenvolver algum esforço, alguma atividade. Do contrário, a comodidade ou o refúgio no esquema estático a que nos opomos terá apenas mudado de mãos.<sup>467</sup>

A distribuição dinâmica poderá ser aplicada nos autos pelo juiz *de ofício*, no uso de seus poderes instrutórios, quando presentes os requisitos da inversão, ou *requerida pela*

<sup>465</sup> Sergio José Barberio, Cargas probatorias dinámicas. Qué debe probar el que no puede probar?, p. 101.

<sup>466</sup> No mesmo sentido, Paulo Rogério Zaneti, para quem “a verificação, no caso concreto, da existência do requisito da facilidade da produção probatória pela parte a quem, inicialmente, desincumbia tal encargo, decorre, dentre outros fatores: (a) do papel que essa parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; (b) de estar essa parte na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; (c) de ser essa parte a única que dispõe da prova; (d) de razões técnicas, profissionais ou jurídicas que tem essa parte em determinado caso concreto” (*Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 121).

<sup>467</sup> Sergio José Barberio, Cargas probatorias dinámicas. Qué debe probar el que no puede probar?, p. 103.

*parte interessada* na inversão, por meio de razoável explicação acerca de sua dificuldade ou impossibilidade na produção daquela prova e maior facilidade da parte contrária, ou seja, demonstrando-se a ocorrência de seus requisitos verificadores.

Deverá o magistrado, antes de decidir, abrir prazo para manifestação da parte contrária, em atenção ao *princípio do contraditório*, a fim de que, por exemplo, o litigante demonstre que não possui condições de produzir a prova necessária, dando suas motivações.

Veja-se que a distribuição dinâmica orienta-se por fatos concretos e individualizados. Assim, a cada prova necessária, deve a parte requerer, ou o juiz de ofício determinar, a inversão. Pode ocorrer de, no mesmo processo, algumas provas serem regidas pelas regras positivadas acerca do ônus da prova, estático, e outras terem sua produção dinamizada, visto que presentes seus requisitos.

Assim, comum que o alimentando prove suas necessidades, constitutivas de seu direito, e o alimentante, trabalhador autônomo, suas possibilidades, distribuindo-se, neste caso, diversa e dinamicamente o ônus da prova.

Trata-se do uso do processo e das leis instrumentais como meios de atingir a tutela final efetiva e justa, condizente com a natureza instrumental destes institutos.

Para Juan Alberto Rambaldo, a doutrina das cargas probatórias dinâmicas produziu um “giro epistemológico” fundamental na ciência do direito processual, quanto ao modo de observar o fenômeno probatório, que deve ser visto a partir da finalidade do processo e do valor justiça, e não do mero ângulo do cumprimento de formalidades processuais abstratas.<sup>468</sup>

Por fim, nas palavras de Jorge Peyrano, trata-se de melhor servir à justiça dos casos levados aos tribunais, meta do processo civil contemporâneo. E complementa dizendo

---

<sup>468</sup> Juan Alberto Rambaldo, *Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico*, p. 33.

que o processo sempre deve estar apto a “pensar”, para pensar onde está a razão e onde, ao contrário, a insensatez.<sup>469</sup>

No Brasil e no mundo, como acima citamos a Argentina, esta teoria está cada vez mais difundida e sendo utilizada pelos Tribunais. Vejamos como as teorias ora estudadas podem ser – e estão sendo – aplicadas no nosso ordenamento.

### 3.3.3 Identificação ideológica do ordenamento jurídico nacional com as teorias em estudo

O espírito, o conteúdo ideológico das teorias em estudo, atende aos princípios constitucionais da efetividade, do processo justo, da isonomia, da solidariedade (art. 5.º, XXXV, LIV, LV e LVI), entre outros.<sup>470</sup>

*Assim, de fácil constatação no ordenamento vigente a ideologia das teorias supracitadas.*

Identificaremos, assim, pormenorizadamente, o conteúdo das teorias acima descritas no ordenamento jurídico nacional, por meio da percepção de conteúdo, de “espírito” semelhante, ou seja, da mesma ideologia.

É certo que o ordenamento jurídico brasileiro adota, na regência de suas relações jurídicas, o *princípio dispositivo de forma mitigada*, uma vez que influenciado pelo princípio inquisitivo na sua aplicação, conforme já estudado no primeiro capítulo deste trabalho.

<sup>469</sup> Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, *Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas*, p. 17-18.

<sup>470</sup> Sobre o princípio da igualdade no tocante às provas, leciona Érico de Pina Cabral que “O desequilíbrio das partes reflete-se no processo, exatamente na diferença da capacidade de demandar, principalmente no campo da produção de provas. Em muitas relações processuais, uma das partes é hipossuficiente em relação à outra na produção das provas necessárias para demonstrar os fatos que são pressupostos do direito pretendido. Cabe ao juiz identificar a desigualdade das partes na relação de direito material e observar se essa situação não acarretará em desequilíbrio na relação processual. A igualdade de oportunidade de provas (paridade de armas) é fundamento básico para um processo equilibrado com vistas a uma sentença justa” (*Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 443).

Isso permite dizer que, além das partes, o juiz também deve participar ativamente da colheita das provas necessárias ao esclarecimento dos fatos,<sup>471</sup> seja pessoalmente, mediante, por exemplo, a inspeção judicial, ou a determinação de realização de certa prova (documental, por meio da expedição de ofícios, oitiva de testemunhas referidas no processo pelas partes), ou pela dinamização dos ônus probatórios.

Nesse sentido, é certo que uma *postura ativa do juiz*, diante do caso concreto, na busca pela verdade real, é esperada e ordenada pelo sistema atual, assim como proposto pela teoria da parcialidade positiva do juiz.

Importante salientar, mais uma vez, que a atividade instrutória do julgador não o torna parcial. Para Érico de Pina Cabral,

[...] não se pode atribuir parcialidade ao juiz só porque a prova colhida, em face de sua atuação, é suscetível de favorecer um dos litigantes. No rigor da lógica, também seria parcial o juiz que omitisse em face da subsistente falta de prova, uma vez que esta omissão pode vir a favorecer a outra parte.<sup>472</sup>

Não se pode confundir *imparcialidade* com *neutralidade*. A concepção atual publicista do processo impede que o juiz e o próprio processo sejam neutros, visto que não podem ser indiferentes aos interesses e direitos em conflito. A finalidade do processo, qual seja a resolução dos conflitos com justiça e a pacificação social, determinam uma maior atuação do Estado nesta busca.<sup>473</sup>

<sup>471</sup> Segundo Érico de Pina Cabral, “no nosso CPC há um conjunto de disposições que investem o juiz do poder-dever de tomar iniciativas probatórias, mitigando os rigores do princípio dispositivo: a) o art. 125, inc. I, impõe ao juiz o dever de assegurar a igualdade entre as partes no processo; b) o art. 130 possibilita ao juiz realizar, de ofício ou a requerimento das partes, todas as provas necessárias à instrução da causa; c) o art. 131 investe o juiz do poder de livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos; d) o art. 342 investe o juiz do poder de convocar as partes a qualquer momento para deporem sobre os fatos da causa; e) o art. 418 dispõe que o juiz pode ordenar a oitiva de testemunhas referidas; f) o art. 437 dispõe que o juiz poderá determinar a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida; g) o art. 440 esclarece que o juiz pode, em qualquer fase do processo, fazer a inspeção judicial de pessoas ou coisas que possam esclarecer fatos de interesse da causa” (*Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 122).

<sup>472</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 131.

<sup>473</sup> Idem, *ibidem*, p. 131.

Conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque, para que a imparcialidade do juiz seja preservada, necessário apenas que as provas por ele determinadas e colhidas, na concretização de seus poderes instrutórios, sejam submetidas ao crivo do contraditório dos litigantes, e que suas decisões, baseadas ou não em tais provas, sejam devidamente motivadas.<sup>474</sup>

Com tais precauções determinadas constitucionalmente, extirpa-se do processo uma possível atuação parcial do julgador.

No tocante aos ônus probatórios, temos que o art. 333 do Código de Processo Civil, norma prévia, estática, será aplicado sem qualquer restrição à maioria das lides levadas a juízo, visto que, naqueles casos concretos, respeita e atende aos princípios constitucionais. Todavia,

[...] haverá casos em que a regra não será aplicada, cedendo passo a outra moldura, esta sim ajustada aos direitos fundamentais processuais assinalados. Trata-se de dar atenção ao postulado da razoabilidade, a funcionar como equidade, isto é, mediante a harmonização da regra geral do art. 333 do CPC com o caso individual. [...] Significa dizer que uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas: uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua razão contrária.<sup>475</sup>

Para Érico de Pina Cabral,

[...] o sistema processual civil não pode ser interpretado de baixo para cima, mas, em sentido contrário, deve ser interpretado conforme a Constituição. As regras de distribuição do ônus da prova, previstas no art. 333, não são taxativas e absolutas, porque o princípio da igualdade na Constituição Federal funciona como um mandato de otimização, permitindo que o juiz corrija a assimetria do caso concreto no processo.<sup>476</sup>

<sup>474</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Código de Processo Civil interpretado*, p. 399.

<sup>475</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 125.

<sup>476</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 445.

Assim, de rigor, até por observância das normas constitucionais, a dinamização dos ônus probatórios em determinados casos.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê hipóteses de distribuição do ônus da prova diferentemente da distribuição legal, estática.

É o caso do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º e do próprio art. 333 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo único, que autoriza a distribuição diversa do ônus da prova por prévia convenção entre as partes litigantes, contanto que não recaia sobre direito indisponível nem torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito.<sup>477</sup>

Segundo Paulo Rogério Zaneti, é certo que o legislador, ao estabelecer a nulidade da convenção que dispõe de maneira diversa da legal sobre o ônus da prova e acarreta excessiva dificuldade ao exercício do direito para uma das partes, teve como motivos, entre outros,

[...] (a) coibir a prova diabólica, impossível ou quase impraticável para uma das partes; (b) evitar que uma das partes se utilize de ardis, artifícios ou superioridade técnica/econômica para se sobrepor à outra; (c) combater de forma clara, inequívoca e manifesta o desequilíbrio processual nocivo,

<sup>477</sup> Importante e intrigante pensar que o legislador entende que a convenção das partes pode criar dificuldades excessivas ao exercício do direito, porém a lei, estática, abstrata, não o faz? A convenção, realizada entre partes individualizadas e ante determinado caso concreto, pode criar embaraços à produção probatória, entretanto a lei abstrata, que não individualiza, não enxerga os fatos reais, concretos, não correria este risco? No entanto, como bem assinala Artur Carpes, “a estipulação de norma fechada para a distribuição legal dos ônus probatórios não surpreende, na medida em que a influência liberal de nosso CPC não tornaria possível outorgar poderes ao juiz no sentido de alterar o esquema positivado na lei, sob pena de mitigação da previsibilidade, decorrente da segurança jurídica, valor dos mais caros à ideologia liberal. A lei processual – geral e abstrata – não poderia conviver com normas abertas, especialmente na regulação de questão tão nevrálgica do procedimento probatório. Até porque ao juiz não era dado interpretar a lei, mas apenas pronunciar suas palavras, como se fosse uma ‘máquina silogística’ emissora de sentenças” (*Ônus dinâmico da prova*, p. 115).

Neste mesmo sentido Danilo Knijnik, para quem “o fato de o legislador ter considerado tal situação apenas em relação às convenções probatórias não afasta a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando à inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça. Em outros termos, em inúmeros casos, verifica-se que também a aplicação das regras consagradas no *caput* do art. 333 do CPC pode levar à situação considerada por seu parágrafo único, II” (As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumento para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica, p. 944).

que pode levar à perda ou aniquilamento de um direito ou, ainda, a uma decisão flagrantemente injusta.<sup>478</sup>

Ou seja, *os mesmos fundamentos que são utilizados para a distribuição dinâmica dos ônus probatórios.*

João Carlos Adalberto Zolandeck, ao tratar da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor, explica que

[...] a regra de distribuição do ônus da prova, como visto na doutrina, mesmo sob o enfoque do direito consumerista, segue ainda a sistemática do sistema processual civil, entretanto, quando o caso revela a situação de hipossuficiência e sendo verossímeis as alegações do consumidor, poderá o magistrado inverter o ônus da prova como meio de facilitar a defesa.<sup>479</sup>

Também em seus arts. 355 a 362, quando trata da exibição de documento ou coisa, o Código de Processo Civil prevê um *ônus diferenciado quanto à prova*. Assim, pode o magistrado determinar que a parte a quem inicialmente não incumbia a prova exhiba nos autos documento ou coisa que esteja em seu poder e que possa influenciar na decisão da causa. O não acatamento da ordem terá como consequência a admissão, como verdadeiros, dos fatos que, por meio do documento ou coisa, a parte contrária pretendia provar.

É típico caso de distribuição dinâmica do ônus da prova, visto que o magistrado atribui o ônus probatório à parte que possui melhores e mais fáceis condições de produzir a prova nos autos, sob pena da aplicação da presunção legal.

E isso se dá pelo fato de a parte contrária, que requer a prova, não possuir condições de produzi-la, quando, ao contrário, o outro litigante tem plenas condições para tal encargo.

<sup>478</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 144.

<sup>479</sup> João Carlos Adalberto Zolandeck, *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 131.

Neste mesmo fundamento, o art. 130 do Código de Processo Civil, que possibilita ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, autorizando, por outro lado, que o magistrado distribua, dinamicamente, os ônus probatórios, determinando que um dos litigantes “traga aos autos uma prova que, em princípio, não lhe competiria trazer, ou ainda, ordenando, de ofício, a realização de provas que deveriam ser produzidas por um ou outro litigante”.<sup>480</sup>

Tratando do artigo citado, explica João Carlos Adalberto Zolandeck que

[...] o juiz que se omite em decretar a produção de provas relevantes para o processo não cumpre com a tarefa jurisdicional que lhe é peculiar, estará inclusive, pecando pela parcialidade. O juiz tem o dever de determinar a produção de provas de ofício, especialmente porque lhe importa descobrir a verdade, nada mais. Portanto, nesta hipótese, estará comprometido com suas tarefas e com a efetividade do processo.<sup>481</sup>

Para Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior,

[...] no sistema pátrio, pois, e independentemente de sua feição inicial dispositiva (arts. 2.º e 262 do CPC), reconhece-se ao julgador, quanto à instrução, inclusive poderes de iniciativa. Veda-se-lhe o dar início à demanda ou ampliar o objeto litigioso, mas é falso o entendimento de que lhe é proibido determinar a produção de prova.<sup>482</sup>

Na verdade, o art. 130 do Código de Processo Civil emprega em seu enunciado o verbo “caberá”, muito mais próximo do *dever* do que do *poder*. Por ser uma atribuição de uma autoridade, integrante do Estado, é, sem dúvida, um *dever*.<sup>483</sup>

É certo que o magistrado, como destinatário final da prova, dependente desta para bem decidir, deve possuir meios de fazer com que as provas necessárias sejam produzidas.

<sup>480</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 95.

<sup>481</sup> João Carlos Adalberto Zolandeck, *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 103.

<sup>482</sup> Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 95.

<sup>483</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 204.

Não pode o juiz julgar antecipadamente a lide, aplicando as regras sobre ônus da prova, caso ainda haja a possibilidade de realização de provas passíveis de esclarecimento dos fatos. O juiz somente não deverá determinar a realização de provas quando esgotados os meios probatórios, ou quando inexistirem nos autos elementos que lhe permitam estabelecer, de ofício, a realização da prova. Havendo provas que se caracterizem como necessárias, úteis e possíveis, deverá o juiz utilizar-se de seus deveres-poderes instrutórios, a fim de traçar o plano fático da maneira mais próxima à realidade, com o objetivo de melhor julgar.<sup>484</sup>

Para Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior,

[...] é, assim, verdadeiro dever do juiz comportar-se com dinamismo. Não se lhe pede que realize pela parte a prova, mas seguramente que envide todos os esforços para que o litígio se resolva segundo o alegado e provado, lançando mão dos meios que lhe oferece o direito positivo para obviar a prova insuficiente, ou mesmo inexistente, antes de abrigar-se sob a regra do art. 333 do CPC.<sup>485</sup>

Neste sentido, não há que falar que a distribuição dinâmica do ônus da prova torna o juiz parcial, pelas mesmas razões já expostas quando tratamos da conduta ativa do juiz no processo.

E, como esta distribuição diferenciada da prova busca o conhecimento da verdade real e reproduzir nos autos como os fatos realmente se deram, está ela amparada por lei, pelo art. 339 do Código de Processo Civil, que dispõe que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Soma-se a isso o art. 340, III, do mesmo diploma legal, que prevê ser dever das partes praticar os atos que lhes forem determinados.

Paulo Rogério Zaneti, ao tratar do art. 339 do Código de Processo Civil, dispõe:

[...] não há como aceitarmos a hipótese de uma das partes, mesmo tendo maior facilidade e condições de fornecer determinada prova, escorar-

<sup>484</sup> Neste sentido, William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 204, 207 e 212.

<sup>485</sup> Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 106.

se na literalidade do art. 333 do CPC para deixar de contribuir com o Poder Judiciário, notadamente com o juiz, na busca da verdade dos fatos. Principalmente no processo civil contemporâneo, preocupado cada vez mais com o tratamento equânime dos litigantes, com o verdadeiro e real acesso à Justiça e, por fim, com a efetividade das decisões.<sup>486</sup>

E acrescenta que, quando o artigo faz menção a “ninguém”, nesta locução inclui a figura do julgador, uma vez que integra a relação processual e é dotado de poderes instrutórios pelo ordenamento. Ao não fazer uso destes poderes, estaria o juiz deixando de colaborar para o descobrimento da verdade, e não prestando a adequada e efetiva tutela às partes e a toda a sociedade.<sup>487</sup>

Ainda, conforme leciona Suzana Cremasco, também o art. 331, § 2.º, do Código de Processo Civil possibilita a aplicação das teorias em estudo, pois dispõe o citado artigo que o juiz fixará os pontos controvertidos da demanda, determinando as provas a serem produzidas.

Na lição da autora,

[...] a decisão do magistrado que determina quais as provas que, em cada caso, são aptas a comprovar os fatos objeto de controvérsia igualmente tem repercussão no ônus determinado *a priori* no art. 333 do CPC. E o tem pelo simples fato de que, ao definir que deve ser produzida esta ou aquela prova, o julgador está, de certo modo, indicando o litigante que será responsável pela prova de qual fato, responsabilidade esta que deverá incidir quando do julgamento do feito, se a prova reclamada não for verdadeiramente produzida.<sup>488</sup>

Ainda, temos o art. 125, I, do Código de Processo Civil, que determina o dever do juiz de assegurar às partes *igualdade de tratamento*.

Tal igualdade deve ser constitucionalmente entendida como *igualdade substancial*, visto que a igualdade formal, perante a lei, já é assegurada pelas normas legais.

<sup>486</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 153.

<sup>487</sup> Idem, *ibidem*, p. 153.

<sup>488</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 96.

Para Artur Carpes,

[...] considerando que ao juiz, a teor do que predispõe a Constituição e o próprio Código de Processo Civil em seu art. 125, I, é imposto o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento”, revela-se cristalino que se trata de verdadeiro *dever* do órgão judicial a utilização da técnica da *dinamização* dos ônus probatórios, quando verificada a dificuldade de acesso à prova pela parte onerada em detrimento da facilidade da outra.<sup>489</sup>

Tratando-se as partes nos exatos termos de suas igualdades e desigualdades, sejam culturais, econômicas, sociais, políticas, técnicas, busca-se a obtenção de um resultado justo, capaz de gerar a pacificação social e ganhos efetivos à sociedade. Este é o fim maior do processo.

Por fim, ainda tendo por objeto de estudo o Código de Processo Civil, tem-se que, no ano de 2008, o Deputado Federal Manoel Alves da Silva Júnior apresentou à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.015, que prevê a inclusão de um § 2.º ao art. 333 do Código de Processo Civil, que teria a seguinte disposição: “§ 2.º É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”.

A justificação da proposição adota a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.<sup>490</sup>

<sup>489</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 86.

<sup>490</sup> Justifica o autor da proposta o projeto de lei nos seguintes termos: “As regras de ônus da prova são regras de julgamento, ou seja, são aplicadas no momento em que o juiz vai julgar. Não estabelecem disposições a serem cumpridas pelas partes, não dizem quem deve produzir a prova, e sim quem arca com as consequências da não produção da prova. A norma presente no art. 333 do CPC – Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova é estático: do autor, com relação ao que alega, e do réu, em relação a fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Contudo, a doutrina processualista desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas que defende que o ônus da prova deve ser distribuído de acordo com as peculiaridades do caso concreto. De fato, regras previamente estabelecidas, em muitos casos, dificultam a produção da prova e acabam por fazer com que a parte arque com as consequências de não ter provado fato de difícil elucidação. A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras de ônus da prova consagra a referida teoria, já aplicada pela jurisprudência, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes. Diante do exposto, justifico a presente proposição”.

Assim, caso tal projeto de lei seja convertido, alterando-se a atual redação do Código de Processo Civil, será positivada no Código Instrumental geral brasileiro a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (e, em determinada medida, também a teoria da parcialidade positiva do juiz).

Atualmente, podemos diagnosticar, ainda, a teoria em estudo em legislações como o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo brasileiro.

Em 2004, o *Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*, código este que, como o próprio nome diz, serve de *molde*, embora não vinculante, à elaboração de códigos de processo coletivo pelos países da Ibero-América, dentre eles o Brasil, já adotava esta teoria.

Em seu art. 11 dispõe o Código-Modelo que:

[...] encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. [...] Par. 1.º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. [...] Par. 5.º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente: [...] III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso; IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1.º do artigo 12.

E, complementando, dispõe o citado art. 12:

São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem. Par. 1.º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios

indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo do Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos. Par. 2.º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária. Par. 3.º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Tendo em vista que o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América serve, exatamente, de modelo à elaboração legislativa dos países a que se remete, o *Anteprojeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro*, ainda em tramitação, assim como o Código-Modelo que lhe serve de base, encampa a teoria da carga dinâmica da prova, nos seguintes termos:

Art. 11. Provas. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística e por amostragem.

§ 1.º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2.º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias da experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3.º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5.º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, § 5.º, inciso IV).

E complementa o art. 25, que trata da audiência preliminar, que o juiz, quando do saneamento do processo, “esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no § 1.º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do § 2.º do mesmo artigo”.

E, por fim, cumpre ressaltar que a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios não é novidade no direito brasileiro, ao menos para a doutrina e jurisprudência atuais, em especial em matéria de responsabilidade civil do médico e em relação a contratos bancários, entre outros, apesar da inexistência de regra expressa.<sup>491</sup>

<sup>491</sup> Apresentam-se, assim, alguns julgados sobre a matéria:

“Processo civil. Ação discutindo devolução de parcelas pagas a administradora de consórcios. Contrato firmado à época em que os Grupos Volkswagen e Ford operavam conjuntamente, por intermédio da Autolatina. Ação proposta em face de empresa administradora de consórcios Ford. Ausência de juntada, pela autora, do contrato de consórcio e dos recibos quanto aos pagamentos efetuados. Alegação de ilegitimidade passiva pela ré, sob o fundamento de que o grupo de consórcio a que aderiu a autora fora transferido à administradora de consórcios ligada ao Grupo Volkswagen, por ocasião da cisão da Autolatina. Processo extinto, sem resolução de mérito, pelo Tribunal, sob o fundamento de que a exibição de documentos teria de ser promovida mediante ação cautelar, em caráter preparatório, e de que seria indeterminado o pedido formulado em via principal. Reforma da decisão. Do ponto de vista eminentemente formal, é do autor o ônus da juntada, na petição inicial, dos documentos que fundamentam sua pretensão. Com a perda do contrato mediante a qual aderiu a consórcio, a autora teria, em princípio, de ajuizar uma ação cautelar preparatória de exibição de documentos para, só depois, se for o caso, ajuizar a ação principal de cobrança das parcelas pagas. Numa perspectiva dinâmica do processo, é possível ao juiz admitir a propositura da ação principal sem esses documentos, se formulado pedido incidental para sua exibição. A alegação de ilegitimidade, pelo réu, com fundamento em que, após a cisão da Autolatina, o grupo de consórcios a que aderiu a autora passou a ser administrado por empresa ligada ao grupo Volkswagen não influencia o conhecimento do pedido de exibição incidental. A impossibilidade de exibição e a determinação de tal providência por terceiro são medidas passíveis de ser discutidas no âmbito do procedimento incidental (arts. 357 e 360 do CPC). Após concluído o procedimento de exibição, duas linhas de possibilidades se abrirão para o juiz. Se o documento tiver sido obtido, ele poderá, analisando-o, verificar: (i) se o contrato foi firmado antes ou depois da vigência do CDC; (ii) quem era a administradora de consórcios contratada; (iii) quem permaneceu responsável pela carteira de clientes com a cisão da Autolatina; (iv) se houve prescrição da pretensão; (v) se há parcelas pagas a serem devolvidas. Se o documento não puder ser exibido, por sua inexistência ou extravio, competirá ao juiz decidir por: (i) impor ao autor o ônus da prova quanto à sua existência; (ii) aplicar a inversão determinada no art. 6.º, VIII, do CDC, se entender aplicável; (iii) distribuir, ainda que não se aplique o CDC, de forma dinâmica o ônus da prova, com base no risco, assumido pelo réu, pela impossibilidade de apresentação do documento. Recurso especial provido” (STJ, 3.ª Turma, REsp 896435/PR, 2006/0229044-4, Min. Nancy Andrighi, j. 27.10.2009, DJe 09.11.2009).

“Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Erro médico. Teoria da carga probatória dinâmica. Aplicabilidade diante do peculiar e escasso material probatório. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da *via crucis* percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de

No tocante a sua utilização jurisprudencial, explica Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior que,

[...] ao encharcaram-se de realidade, os magistrados percebem, cotidianamente, a insuficiência da doutrina tradicional, exatamente pelo que apresenta de abstração. Apenas a consideração do fenômeno jurídico em sua inteireza permite ao intérprete real e eficaz exame. É na simultânea análise de norma, valor e fato que o intérprete se aparamenta para compreender o direito, inclusive, naturalmente, o subjetivado.<sup>492</sup>

Interessante esclarecimento traz Cândido Rangel Dinamarco em relação às mudanças jurisprudenciais ao dizer que “as mutações constitucionais e legais decorrentes da repetição de julgados e da força da jurisprudência constituem, na verdade, imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função”.

---

um membro. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria de votos” (TJRS, 5.º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargos Infringentes 70017662487, Rel. Odone Sanguiné, j. 31.08.2007).

“Ação monitória. Cheque prescrito. *Causa debendi*. Essencialidade da descrição da origem do débito na inicial. Ausência da causa de pedir. Inépcia da inicial. Causa declinada pela embargante. Alegação de ilegalidade da origem do cheque. Inversão do ônus da prova. Licitude da cártula cuja prova cabia à embargada. Princípio da carga dinâmica da prova. Para viabilizar a ação monitória, instrumentalizada por cheque prescrito, é imprescindível a descrição da origem da dívida na inicial da demanda, pois o fato de o cheque estar prescrito implica no desaparecimento das suas características como título de crédito, constituindo-se tal cheque em mero início de prova escrita, devendo ser comprovada a origem do crédito do qual ele decorre. Não indicada a *causa debendi* na exordial da demanda, é caso de inépcia da inicial. Jurisprudência da Câmara e do STJ. Confissão da origem da dívida pela embargante que se tem por verdadeira, a fim de evitar a decretação da inépcia da peça inicial. Ademais, verossímil a alegada origem do cheque, pois emitido pela faturizada diretamente à empresa de *factoring*, o que evidencia o desvirtuamento da atividade legalmente permitida à faturizadora. Circunstância que transfere à embargada o ônus da prova da licitude da origem do cheque, incumbindo-lhe a demonstração de que a cártula não é proveniente de operação que lhe é vedada. Desprovida de prova alegação de que a cártula foi emitida em face do resgate de uma duplicata. A prova não era de difícil produção para a faturizadora. Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus cabe à parte que melhores condições tem de produzir a prova. Apelação provida. Embargos à monitória julgados procedentes (TJRS, 9.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70007189756, Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 18.08.2004).

“Negócio jurídico bancário. Ação de revisão contratual. Despacho que não enfrenta todos os pedidos liminares. Ausência de decisão passível de recurso. Contra provimento judicial que enfrenta apenas um dos pedidos de liminar não cabe interposição de recurso relativamente aos demais pleitos enquanto não apreciados pelo julgador singular, visto que ausente, ainda, cunho decisório e gravame à parte. Juntada dos contratos celebrados entre as partes. Ônus da prova. Distribuição dinâmica da carga probatória. Deixando, o autor, de trazer aos autos o contrato objeto da ação revisional, e postulando seja determinado à instituição financeira que o forneça, pode, a decisora, assim ordenar, distribuindo o ônus da prova de modo a viabilizar o exame do pedido. Aplicabilidade, *in casu*, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova. Agravo de instrumento parcialmente provido de plano” (TJRS, 17.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70006573083, Rel. Jorge Luís Dall’Agnol, j. 17.06.2003).

<sup>492</sup> Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, p. 100.

Assim, são os anseios da sociedade que estão levando a essa *mudança de mentalidade*, a essa alteração na maneira de decidir. É a sociedade, atinente a seus direitos constitucionais, que está cobrando do Judiciário processamentos e julgamentos consentâneos com princípios como o da isonomia, solidariedade, lealdade, boa-fé, na busca de uma justiça efetiva, eficaz e que traga a pacificação esperada.

O que visa o aplicador do direito ao optar pela dinamização dos ônus probatórios, nos termos e segundo os requisitos das teorias ora apresentadas, é consolidar uma *visão amplamente solidarista* do *onus probandi*, superando-se a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico.<sup>493</sup>

Para Artur Carpes,

[...] o rigorismo da lei deve vir temperado pelas vicissitudes da vida, à luz do caso concreto, visualizada a violação ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, poderá o juiz dinamizar o estático arquétipo legal positivado no art. 333 do CPC, hipótese em que estará, a um só tempo, estimulando os esforços das partes em prol da ótima formação do juízo de fato, cumprindo com seu dever de cooperação e promovendo, ao fim e ao cabo, o alcance da decisão justa, na medida em que esta sempre será dependente da adequada formação do juiz de fato.<sup>494</sup>

Segundo José Carlos Teixeira Giorgis,

[...] não é demais sublinhar-se que essa doutrina contém uma *carga probatória compartilhada*, como manifestação de uma nova cultura do processo judicial caracterizada pela vigência do princípio da solidariedade e o dever de cooperação de todos em busca de um rendimento mais eficiente do serviço judiciário atual, tornando comum a tarefa probatória das partes; então, o processo não se desenvolve como uma luta, mas, ao contrário, em vista da colaboração das partes com o juízo, e em determinados casos, o encargo toca igualmente a ambos os litigantes, especialmente o que dispõe de melhores condições.<sup>495</sup>

<sup>493</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 344.

<sup>494</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 146.

<sup>495</sup> José Carlos Teixeira Giorgis, *A prova dinâmica no direito de família*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7922-a-prova-dinamica-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, é preciso uma mudança de mentalidade.

É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico, chegar a novas soluções a propor.<sup>496</sup>

Estamos diante de uma profunda *mudança de paradigmas*.<sup>497</sup>

### 3.4 Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

#### 3.4.1 Histórico

O Código de Defesa Consumidor é resultado de um longo *processo evolutivo* da sociedade, em especial da sociedade de consumo.

A sociedade capitalista que deu ensejo à criação desta legislação protetiva possui bases muito anteriores na história mundial.

Com a Revolução Industrial, o liberalismo econômico e as codificações deles resultantes, nascem as *sociedades de massa*, “a fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento da oferta”,<sup>498</sup> além da busca incessante pelo lucro.

No direito, temos o surgimento de princípios como o da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, o *pacta sunt servanda*, entre outros.

<sup>496</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 320-321.

<sup>497</sup> Edgar Morin, *Introdução ao pensamento complexo*.

<sup>498</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 154.

No entanto, é certo que as legislações civis, tratando de direitos individuais, privatistas, não protegem, como devia, essa sociedade de massa, consumidora, perante os fornecedores de produtos e serviços.<sup>499</sup>

Apenas com a Constituição Federal de 1988 surge legal e constitucionalmente a ordem para criação de uma legislação em defesa da população consumidora.

Na lição de Érico de Pina Cabral,

[...] a Constituição Federal de 1988, através dos princípios constitucionais da solidariedade social, dignidade da pessoa humana e igualdade substancial, concretizou certas transformações sociais, em cuja construção gastaram-se décadas e que acarretaram o fim de alguns dogmas, entre eles, a substituição do indivíduo como um fim em si mesmo pelo indivíduo como ser social; a substituição de direitos subjetivos invioláveis por direitos a serem exercidos com função social; a mitigação da importância da vontade como fonte criadora de direitos e deveres pela vontade como instrumento de interesse social; a redefinição da relação jurídica negocial como relação de interesse privado para relação jurídica.<sup>500</sup>

A Constituição Federal, nesta esteira de ideias, consagrou o Código de Defesa do Consumidor como *norma de ordem pública e interesse social* (art. 1.º), reconhecendo o consumidor como *parte vulnerável* nesta relação (art. 4.º), detentor de direitos básicos (art. 6.º), impondo uma série de *vedações* ao mercado de consumo (arts. 39 e 51). “Tudo em consonância com os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3.º, inc. I) e da defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III).”<sup>501</sup>

Assim, em 11 de setembro de 1990, é aprovada a Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor.

<sup>499</sup> Para Rizzatto Nunes, nossa tradição privatista é “absolutamente inadequada para entender a sociedade de massa do século XX” (*Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 57).

<sup>500</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 354.

<sup>501</sup> Idem, *ibidem*, p. 354-355.

### 3.4.2 Sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor

Todo este histórico acima explanado resumidamente deve ser levado em consideração quando da interpretação do Código Consumerista, até mesmo para compreender o porquê de ser um código criado para a *defesa* do consumidor, as razões de previsão de ações coletivas, de normas processuais próprias, norma para facilitação de defesa, vedações especiais etc.

É nesta esteira de ideias que o próprio Código de Defesa do Consumidor considera o consumidor pessoa *vulnerável* na relação de consumo.

Para José Carlos Teixeira Giorgis, denominam-se pessoas vulneráveis aquelas de “relativa ou absoluta incapacidade de proteger seus proveitos ou que não tenham poder, inteligência, educação, recursos, forças ou outros atributos necessários a garantir suas conveniências”.<sup>502</sup>

Segundo Rizzatto Nunes,

[...] o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E, quando se fala em meios de produção, não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.<sup>503</sup>

Quanto ao aspecto econômico da vulnerabilidade, é certo que, em regra, o fornecedor possui maior e melhor capacidade econômica que o consumidor, o que facilita na

<sup>502</sup> José Carlos Teixeira Giorgis. Direito de família contemporâneo. p. 67.

<sup>503</sup> E complementa o autor dizendo que, “quando se fala em ‘escolha’ do consumidor, ela á nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, a obtenção de lucro”. Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 194.

contratação de bons profissionais para auxiliá-lo juridicamente e jurisdicionalmente, por exemplo.

Ainda conforme o jurista Rizzatto Nunes, “o importante é mesmo saber que a vulnerabilidade é constatação e afirmação legal: basta ser consumidor para ser vulnerável. E, por isso, gozar dos benefícios de proteção instituídos na lei”.<sup>504</sup>

*A vulnerabilidade é regra de direito material, aplicável a todos os consumidores na relação jurídica de consumo.*

A constatação legal da vulnerabilidade do consumidor, presumida, generalizada, é feita a fim de dar *isonomia* às partes que litigam em ações de consumo. É tratar desigualmente os desiguais, a fim de buscar a verdadeira igualdade e paridade de armas no processo, a fim de chegar a uma decisão justa, efetiva, capaz de gerar a pacificação social, e não a uma decisão formal, baseada em fatos irreais ou incompletos, ante a impossibilidade de litigância igualitária pelos envolvidos.

Quanto à abrangência do presente estudo, tem-se que a concepção estática do ônus da prova adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro há tempos tem se mostrado insatisfatória para solucionar, com efetividade, os conflitos levados ao juiz, em especial os conflitos advindos das relações de consumo, pelos diversos motivos acima explicitados.

Tal concepção despreza, ou melhor, ignora, o direito material, as realidades de cada caso concreto.

Na lição de Artur Carpes,

[...] o caso concreto é que apontará se a lei processual se ajusta aos direitos fundamentais processuais e, por via de consequência, se serve, efetivamente, à tutela dos direitos fundamentais materiais. Aliás, não foi por outra razão que, apenas dois anos após o advento da Constituição,

---

<sup>504</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 194.

veio a lume a Lei n.º 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor –, contendo diversas disposições destinadas a melhor regular a participação do consumidor em juízo. Através de normas abertas, confere-se maior poder ao juiz para a utilização de técnicas destinadas à conformação constitucional do processo, possibilitando a efetiva e adequada tutela dos direitos fundamentais do consumidor.<sup>505</sup>

O Código de Defesa do Consumidor institui o sistema protetivo do consumidor, sistema esse que inclui mecanismos jurídicos de facilitação de sua defesa em juízo, entre eles o sistema de ações coletivas, a assistência judiciária gratuita, os juizados especiais e a possibilidade de inversão do ônus da prova.

No Código de Defesa do Consumidor, busca-se uma facilitação da defesa do consumidor em juízo. Por isso, existente a regra da inversão do ônus da prova, caso preenchidos os requisitos legais.

Para Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, o Código de Defesa do Consumidor chega como elemento perturbador do sistema posto e, com isso rompendo,

[...] o CDC, segundo leitura realista do que hodiernamente ocorre, não apenas conferiu poderes ao juiz como o fez admitindo a consideração para com dados que fogem ao controle do legislador. Trata-se, agora, de, *no caso concreto*, ignorar a distribuição abstratamente prevista na lei processual civil, para, em estima à *verossimilhança da alegação* do consumidor ou em atenção à sua *hipossuficiência*, admitir que o julgador inverta o ônus da provar.<sup>506</sup>

Trata-se de uma busca por isonomia processual e paridade de armas, a fim de, ao menos processualmente, equalizar uma relação desigual no mundo dos fatos.

Na lição de Rizzatto Nunes,

[...] entender a produção das provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a principiologia da Lei n. 8.078, que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do

<sup>505</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 73.

<sup>506</sup> Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 95.

consumidor, sua hipossuficiência (especialmente em técnica de informação, mas também econômica, como se verá), o plano geral da responsabilização do fornecedor, que é de natureza objetiva, etc.<sup>507</sup>

É direito básico do consumidor, previsto no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ter facilitado seu acesso ao Judiciário e sua defesa, podendo o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor quando se convencer da verossimilhança de suas alegações, ou quando o consumidor for considerado hipossuficiente, do ponto de vista probatório, ou seja, quando for impossível ou muito difícil para ele demonstrar a veracidade de suas alegações, ou porque depende de elementos técnicos ou de elementos que se encontrem em poder do fornecedor.

Conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:  
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.

Para Suzana Santi Cremasco, a previsão legal

[...] tem seu fundamento no princípio da isonomia e visa reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, compensando a situação de inferioridade processual na qual eventualmente se encontre o consumidor em relação ao fornecedor, propiciando àquele um benefício legal, no tocante ao encargo de provar.<sup>508</sup>

Na maioria dos casos, deixar ao consumidor o ônus de toda a produção probatória, como estabelece a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil, poderia significar sua sucumbência antecipada, “pois, nas relações de consumo, as provas essenciais para deslinde das questões costumam estar aos cuidados do fornecedor, sob seu amparo técnico especializado”.<sup>509</sup>

<sup>507</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 216.

<sup>508</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 63.

<sup>509</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 365.

Segundo Paulo Rogério Zaneti,

[...] o legislador concebeu a inversão do ônus da prova nas demandas consumeristas como forma de facilitar a defesa dos direitos do consumidor em juízo – algo muito parecido, inclusive, com aquilo a que se propõe a teoria da carga dinâmica da prova (possibilitar a determinada parte demonstrar um direito mesmo estando em manifesta desvantagem probatória; ou seja, atribui-se o ônus da prova a quem tenha maior facilidade e condições de levá-la ao conhecimento do juiz).<sup>510</sup>

Assim, a inversão do ônus probatório tem por finalidade a isonomia, a busca pela igualdade processual, não podendo ser utilizada para “desigualar ao contrário” a relação processual.

Logo, é certo que, na toada do que dispõe a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, se ao consumidor é mais fácil provar o dano sofrido, sua existência e dimensão, os lucros cessantes por ele experimentados, caberá a ele a prova de tais alegações e acontecimentos. Ao fornecedor seria extremamente difícil ou impossível provar o dano, por exemplo, no caso de consumidor taxista que deixou de perceber renda em razão de problemas experimentados em seu carro, no caso de mensurar a dor sofrida pela pessoa que passou mal diante de uma intoxicação alimentar, seus gastos com o evento, dias de internação hospitalar, entre outros.

Assim, para inverter o ônus da prova é necessária além da presença dos requisitos legais, que serão a seguir estudados, a verificação acerca de a quem é mais fácil a comprovação do alegado, nos termos do que preconiza a teoria da carga dinâmica da prova.

A inversão do ônus da prova não pode caracterizar a realização de uma “prova diabólica” para o fornecedor, mas sim facilitar a defesa dos interesses e direitos do consumidor. Se a este é fácil e possível a realização probatória acerca de determinados fatos, não há que falar em inversão.<sup>511</sup> Na lição de Antônio Gidi, o objetivo da inversão dos ônus pro-

<sup>510</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 156.

<sup>511</sup> “Apelação cível. Seguro. Furto. Negativa de cobertura. Ausência de comprovação do arrombamento. Exclusão contratual para furto simples. Inversão do ônus da prova. Hipóteses de cabimento. Inviabilidade na

batório “é, tão só e exclusivamente, a facilitação da defesa do seu direito (do consumidor), e não privilegiá-lo para vencer mais facilmente uma demanda, em detrimento das garantias processuais do fornecedor-réu”.<sup>512</sup>

A inversão do ônus da prova pode ser decretada na ação de interesse do consumidor, individual ou coletiva. Ocorre tanto em processos que envolvam direito disponível quanto direito indisponível, e independe da vontade das partes.

Qualquer convenção feita acerca desta matéria é nula de pleno direito.

Para Érico de Pina Cabral, a norma protetiva do Código Consumerista tem a finalidade de promover a igualdade material e processual entre as partes, mas não só. Teria a norma, também, a função de

[...] incentivar determinados comportamentos sociais e econômicos através do reflexo potencial que estes terão no processo. A possibilidade de inversão do ônus da prova, em desfavor do fornecedor, o condiciona a atuar no mercado de consumo com mais lealdade e respeito aos direitos do consumidor.<sup>513</sup>

Por isso, trata-se de *norma de ordem pública*, sendo possível a declaração da inversão dos ônus probatórios de ofício pelo magistrado.

Ante a ameaça legal existente da inversão destes ônus, os fornecedores pautam suas atividades com uma visão de que, no futuro, podem ser levados a provar que agiram do

---

espécie dos autos. Hipótese em que não restou comprovada a ocorrência de furto qualificado, sendo lícita a negativa da seguradora em pagar a indenização securitária. A inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6.º da Lei n.º 8.078, de 11.09.1990 não foi contemplada para solucionar a impossibilidade de provar ou a prova diabólica. Ela se aplica nos casos em que o consumidor não pode provar porque a prova ou os meios para sua realização estão à disposição da parte contrária Cláusula contratual que não se mostra abusiva, pois dentro dos parâmetros do art. 1.434 do CCB/16. Inversão do ônus da prova inaplicável ao caso concreto. Sentença mantida. Apelo desprovido” (TJRS, 6.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70006423198, Rel. José Conrado Kurtz de Souza, j. 30.03.2005).

<sup>512</sup> Antônio Gidi, Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p. 34.

<sup>513</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 364.

modo disposto em lei. Assim, afigura-se mais fácil e razoável a atuação legítima, comprovável e transparente.

Importante observar que, nos termos do art. 6.º, VIII, do Código Consumerista, é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, e não a inversão do ônus da prova em si. Tal inversão apenas ocorrerá se puder facilitar a defesa dos direitos do consumidor, sendo meio para promoção desta facilitação, e não fim em si mesma.

### *3.4.3 Requisitos para a inversão do ônus da prova*

É certo, entretanto, que o Código de Defesa do Consumidor exige a presença de certos requisitos autorizadores da inversão dos ônus probatórios.

Os requisitos para sua aplicação são:

*a) Verossimilhança das alegações* – as alegações feitas no processo devem ser plausíveis, devem conter mais do que meros indícios do direito, o direito invocado deve estar minimamente provado. As alegações, em suma, devem conter credibilidade. Entretanto, frise-se que a alegação verossímil ainda depende de prova, não é um direito líquido e certo.

Para Michele Taruffo, a verossimilhança serve para designar aquele aspecto da afirmação sobre um fato em função da qual se pode dizer que esta corresponde com uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas, em uma situação em que essa afirmação não haja sido submetida, ainda, à verificação probatória.<sup>514</sup>

A verossimilhança não exige a certeza da verdade, porém deve existir uma aparente verdade demonstrada nas alegações do autor que, uma vez comparadas com as regras de experiência, seja capaz de ensejar a inversão perquirida.

---

<sup>514</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 188 (tradução livre).

Para Rizzatto Nunes, “o vocábulo ‘verossímil’ é indeterminado, mas isso não impede que da análise do caso concreto não se possa aferir verossimilhança”.<sup>515</sup>

Na lição de Érico de Pina Cabral,

[...] quando se fala em verossimilhança, significa que o fato alegado tem aparência de verdade, aferida pelo juiz com o conhecimento que tem sobre o que de ordinário acontece (máximas de experiência), considerando os mais diversos critérios, como os sociais, técnicos, jurídicos, econômicos, os costumes, etc.

E complementa o autor dizendo que verossímil não necessariamente é aquilo que acontece repetidas vezes, “mas aquilo que pode acontecer, deduzido da observação dos fatos que normalmente se repetem”.<sup>516</sup>

Importante observar que a lei se refere à verossimilhança “das alegações”, o que deixa clara a desnecessidade da realização de prévia prova a fim de demonstrar o alegado. Basta a narrativa dos fatos, da qual deve surgir a aparência de veracidade.

*b) Hipossuficiência do consumidor* – o consumidor deve demonstrar-se incapaz de realizar a prova de seu interesse, necessária a seu direito. O requisito da hipossuficiência possui aspecto estritamente processual, diferentemente da vulnerabilidade. Hipossuficiente é o que litiga em desvantagem. Tal desvantagem pode ser de natureza técnica, e não apenas econômica. A hipossuficiência não é econômica, fática ou jurídica; é exclusivamente probatória. O consumidor deve comprovar que não detém meios para realizar a prova necessária à comprovação do direito alegado.

Na lição de Érico de Pina Cabral,

[...] a hipossuficiência é conceito relacional e é sempre aferível por critério que leva em consideração a condição comparativa dos sujeitos da relação processual (consumidor e fornecedor), e que tem, por objetivo, determinar

<sup>515</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 218.

<sup>516</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 372.

qual dos dois tem a melhor condição (técnica, econômica, jurídica, etc.) de produzir a prova de determinado fato relevante para o processo.<sup>517</sup>

No entanto, cumpre frisar que a hipossuficiência somente pode ser aferida em favor do consumidor. Pelas regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, apenas será possível a inversão do ônus da prova em favor deste. Caso verificado que o consumidor não é hipossuficiente perante aquele fornecedor e aquela relação de fato, serão adotadas as regras gerais do Código de Processo Civil acerca do ônus da prova.<sup>518</sup>

Para Watanabe, se a inversão ocorrer pelo critério de hipossuficiência do consumidor, haverá uma verdadeira inversão do ônus da prova, esclarecendo que a intenção do legislador não foi interpretar restritivamente a hipossuficiência no sentido econômico, senão o consumidor dotado de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda teria que assumir o ônus da prova. De acordo com seu raciocínio, a hipossuficiência dispõe de outro sentido, está ligada ao domínio de conhecimento técnico especializado, que desequilibra a relação de consumo e manifesta a posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor demonstrando a hipossuficiência do consumidor.<sup>519</sup>

<sup>517</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 376.

<sup>518</sup> “Administrativo. Processual civil. Fraude no medidor de energia elétrica. Comprovação da autoria. Necessidade. Ônus da prova. 1. Recurso especial em que se discute a possibilidade de responsabilização de consumidor de energia elétrica por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor. 2. A empresa concessionária não tem direito à inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não ostenta a qualidade de consumidor, mas de fornecedor do serviço. 3. *In casu*, constatou-se por prova técnica que o medidor encontrava-se fraudado, e contra isso não se insurgiu o consumidor. A empresa constituiu um título com o qual buscou pagar-se do preço, imputando, contudo, a autoria da fraude ao consumidor *sponte sua*. 4. Não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa, como entendeu a Corte de origem. 5. A empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. 6. A inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor equivale a tornar objetiva sua responsabilidade, hipótese inaceitável nas relações de direito do consumidor, pois este se encontra em posição de inferioridade econômica em relação à concessionária. 7. A boa-fé no CDC é o princípio orientador das condutas sociais, estreitamente ligado ao princípio da razoabilidade, dele se deduzindo o comportamento em que as partes devem se pautar. Sob essa nova perspectiva contratual, não há espaço para presumir a má-fé do consumidor em fraudar o medidor. 8. Recurso especial provido” (STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, REsp 1135661/RS, 2009/0070734-7, Min. Herman Benjamin, j. 16.11.2010, DJe 04.02.2011).

<sup>519</sup> Para Érico de Pina Cabral, “neste passo, o conceito de hipossuficiência deve ser elaborado a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução, a defesa dos direitos do consumidor. Assim, o consumidor só será considerado hipossuficiente se a realização da prova estiver mais fácil para o fornecedor. Ao contrário, se o fornecedor estiver em condição notoriamente desvantajosa para produzir a prova em relação ao consumidor, este não será considerado hipossuficiente e não poderá

Rizzatto Nunes entende que o significado de hipossuficiência insculpido no texto legal do Código de Defesa do Consumidor não é econômico. É técnico. O conceito de vulnerabilidade é que abrange a fragilidade econômica do consumidor. A hipossuficiência para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova “tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc.”.

Ele assevera que o reconhecimento da hipossuficiência não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”, porque a questão da produção de prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. Pode acontecer a inversão do ônus da prova em favor de consumidores economicamente poderosos caso seja feita a constatação de sua hipossuficiência técnica e de informação.<sup>520-521</sup>

Por seu turno, Eduardo Cambi ensina que

---

beneficiar-se da inversão do ônus da prova” (*Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 379).

<sup>520</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 218-219.

<sup>521</sup> Como exemplo, julgado do STJ, que dispõe: “Processo civil. Direito do consumidor. Aquisição de veículo automotor. Alegação do consumidor de que comprou determinado modelo, pensando ser o mais luxuoso, e de posterior constatação de que se tratava do modelo intermediário. Ação proposta um ano após a aquisição. Decadência. Desnecessidade de se aguardar o término do prazo de garantia. Alegado inadimplemento do dever de informação, pelo vendedor, que se insere no âmbito do contrato de compra e venda. O início da contagem do prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) se dá após o encerramento da garantia contratual. Precedentes. A postergação do início da contagem desse prazo, contudo, justifica-se pela possibilidade, contratualmente estabelecida, de que seja sanado o defeito apresentado durante a garantia. Na hipótese em que o consumidor não adquire bem propriamente defeituoso, mas alega ter se enganado quanto ao objeto adquirido, comprando o automóvel intermediário em vez do mais luxuoso, não há, necessariamente, qualquer defeito a ser corrigido durante o prazo de garantia. A decadência para pleitear a devolução da mercadoria, a troca do produto ou o abatimento do preço, portanto, conta-se, sendo aparente a diferença entre os modelos, da data da compra. A inversão do ônus da prova pressupõe hipossuficiência (técnica, jurídica ou econômica) ou verossimilhança das alegações feitas pelo consumidor. Os costumes comerciais indicam que a parte interessada na aquisição de um automóvel de luxo costuma buscar, ao menos, as informações quanto aos modelos existentes. A prática também indica que todos os modelos disponíveis, notadamente os mais caros, sejam apresentados ao comprador. Não há, portanto, verossimilhança na alegação de que a concessionária omitiu do consumidor a informação sobre o modelo luxuoso. Também não há hipossuficiência do consumidor uma vez que: (i) não é economicamente fraca a parte que adquire automóvel de luxo; (ii) não há desequilíbrio técnico ou jurídico se o comprador adquire o automóvel pelo convênio mantido entre a montadora e Associação de Magistrados. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 1021261/RS, 2008/0001328-0, Min. Nancy Andrighi, j. 20.04.2010, *DJe* 06.05.2010).

[...] o Código de Defesa do Consumidor pretende resguardar os direitos dos consumidores, em geral, desde que se encontrem em situação vulnerável no mercado de consumo (art. 4.º, inc. I, CDC), não necessariamente o consumidor pobre. Portanto, a noção de hipossuficiência está ligada à ideia de *facilitação da defesa do consumidor em juízo* (art. 6.º, inc. VIII, 1.ª parte, CDC) e diz respeito tanto à dificuldade econômica quanto às deficiências técnicas do consumidor, em poder desincumbir-se do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito.<sup>522\_523</sup>

Tanto a hipossuficiência como a verossimilhança das alegações são apuradas segundo as *regras ordinárias de experiência*. As regras de experiência são as denominadas presunções com base no que ordinariamente acontece. O juiz, ao utilizar as regras ordinárias de experiência, vai usar o seu prudente arbítrio e formação pessoal para observar o fato conhecido levando em consideração o que ordinariamente acontece e, assim, chegar à presunção da verdade.

Como acima estudado, todos nós possuímos noções frutos de nossas experiências, cultura, estudo, noções estas que nos permitem possuir entendimento do que normalmente costuma ocorrer em nosso cotidiano, de que as coisas são e devem seguir sendo. Assim, é com base nestes conhecimentos que os magistrados devem aplicar as “máximas de experiências”, ou, nas palavras do Código de Defesa do Consumidor, as “regras de experiência”.

Repetindo lição de Fredie Didier Jr., as máximas ou regras de experiências

[...] são as noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro – possuem as características de generalidade e abstração.<sup>524</sup>

<sup>522</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 417.

<sup>523</sup> Para Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, “é necessário, de uma vez por todas, romper com a ideia de que a hipossuficiência do consumidor seja ideia que esteja ligada apenas com a deficiência econômico-financeira. É certo que pode isso se dar, mas, se alguma ideia merece generalização, é a de que o desequilíbrio que se tem em conta, quando se cuida de vulnerabilidade do consumidor, situa-se no campo do conhecimento. Protege a lei o consumidor porque ordinariamente se encontra, do ponto de vista da ciência, em pior situação do que o fornecedor. O desequilíbrio é, como se usa dizer por vezes, de ordem técnica ou científica” (*Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 96).

<sup>524</sup> Fredie Didier Jr. et al., *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 53.

Quanto à necessidade de *cumulação* ou não de tais requisitos, a doutrina diverge.

Há quem diga que os dois requisitos acima explicitados, verossimilhança e hipossuficiência, devem estar presentes para que o juiz decrete a inversão do ônus da prova, com o que concordamos. São requisitos cumulativos. Entretanto, outros entendem pela alternatividade dos requisitos, bastando um deles para que a inversão possa ser decretada. Vejamos.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, VIII, utiliza a locução “ou” para separar os dois requisitos, o que demonstra, para alguns, a vontade do legislador em que os requisitos para a inversão do ônus da prova fossem *alternativos*. E mais, argumenta-se que, se a regra está posta para facilitar, favorecer o consumidor, resta claro que deve ser interpretada de modo benéfico a este, e não restritivamente.

Para Sandra Aparecida Sá dos Santos, para quem a cumulação dos requisitos não é exigida, “pode acontecer que um consumidor hipossuficiente apresente uma alegação não necessariamente verossímil, mas, apesar disso, e até por isso, necessite ser confirmada”.<sup>525</sup>

No entanto, conforme Érico de Pina Cabral,

[...] para a inversão do ônus da prova, os dois requisitos devem ser cumulativamente exigidos pelo juiz. Isso porque seria absurda a ideia de se inverter o ônus da prova quando a alegação não for verossímil; ao mesmo passo que seria desnecessária a inversão quando não houvesse a hipossuficiência do consumidor quanto à produção da prova.<sup>526</sup>

No mesmo sentido Antônio Gidi, para quem “verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade”.<sup>527</sup>

<sup>525</sup> Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 66.

<sup>526</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 382.

<sup>527</sup> Antônio Gidi, Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p. 34.

E, quanto à *necessidade conjunta* do requisito da hipossuficiência, ensina o autor, com o que estamos de acordo, que “inverte-se o ônus da prova apenas como forma de facilitar a defesa do consumidor em juízo. Assim, se o autor, em tese, dispõe de meios para provar as suas alegações, a inversão é de todo desautorizada”.<sup>528</sup>

E, ainda, cumpre ressaltar que o consumidor possui, como direito básico, ter facilitada a defesa de seus direitos em juízo. Assim, não simplesmente pelo fato de as alegações do autor serem verossímeis e/ou ser ele hipossuficiente deverá o julgador inverter o ônus probatório. Isto somente ocorrerá nos casos em que tal inversão for capaz de gerar a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, sendo este requisito indispensável à pretendida inversão dos ônus probatórios.

Para Érico de Pina Cabral,

[...] *facilitar* é retirar obstáculos, é impulsionar, suprir de meios suficientes a quem é deficiente. Indica o ato de promover ações afirmativas para mitigar a fragilidade do consumidor não só no processo civil, mas também no mercado de consumo, endereçada não só ao Estado-Juiz, mas também ao Estado-Administração, ao fornecedor e demais órgãos públicos e privados que compõem o sistema de defesa do consumidor. Trata-se de promover ações positivas para correção das diferenças para que os desiguais se tornem cada vez mais iguais. Não se trata somente de proteger o fraco, mas também e principalmente fazer com que o fraco se torne cada vez mais forte e independente das regras de proteção.<sup>529</sup>

Tanto que a facilitação da defesa dos direitos do consumidor deve dar-se não apenas quanto à produção da prova, mas em todas as fases do processo, inclusive em fase pré-processual.

Importante ressaltar que, uma vez constatada a presença dos requisitos legais, o juiz deve inverter o ônus da prova, pois isto não é uma faculdade sua, e sim um direito do consumidor para facilitar a defesa de seus interesses.

<sup>528</sup> Antônio Gidi, Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor, p. 34.

<sup>529</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 356.

Na lição de Rizzatto Nunes,

[...] na hipótese do art. 6.º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, *deverá* o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.<sup>530-531</sup>

Segundo Érico de Pina Cabral, “trata-se de um simples procedimento de interpretação e aplicação do direito: reconhecida a presença dos requisitos da verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, a inversão do ônus da prova é direito subjetivo processual do consumidor”.<sup>532</sup>

Isto não significa que sempre se terá a inversão do ônus, pois o fornecedor vai ter oportunidade de contrariar a presunção de verossimilhança e a constatação da hipossuficiência do consumidor. A inversão do ônus da prova não é prevista como uma certeza, mas apenas como probabilidade ou aparência de verdade, possível de ser ilidida por prova em contrário.

Quanto à necessidade de *requerimento* da inversão do ônus da prova, tem-se que o juiz pode determiná-la de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública.<sup>533</sup> Como

<sup>530</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 217.

<sup>531</sup> “Apelação cível. Ação de reparação de danos morais. Relação de consumo. Matéria fática inesclarecida. Inversão do ônus da prova. Sentença desconstituída. Em sendo discutida matéria fática relevante (existência de defeito no serviço prestado), necessária se faz a produção de prova para esclarecimentos quanto à regularidade e/ou idoneidade do pagamento realizado. A aplicação do ônus da prova se dá no início da instrução, com a determinação das provas necessárias ao convencimento do magistrado. Isso porque são regras de julgamento, devendo o juiz designar as provas imprescindíveis, dever que se lhe impõe. Exegese do art. 130 do Código de Processo Civil. A inversão do ônus da prova é norma cogente, devendo ser aplicada sempre que preenchido o suporte fático do art. 6, VIII, do Codecon. Precedente do STJ. Verificada a verossimilhança da alegação e/ou a hipossuficiência do consumidor para se desincumbir do encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito, impende a inversão do ônus probatório. Sentença desconstituída e determinada inversão do ônus probatório. Apelação prejudicada. Sentença desconstituída” (TJRS, 14.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70021895594, Rel. Judith dos Santos Mottecy, j. 19.12.2007).

<sup>532</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 370.

<sup>533</sup> “Agravado de instrumento. Ação de indenização por dano moral. Inversão do ônus da prova de ofício. Extinção do feito. Ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Nos termos do inc. VIII do art. 6.º do CDC cabe ao juiz, de ofício, a seu critério, determinar a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, desde que seja ele hipossuficiente e verossímil seja a alegação. Não se trata, aqui, de revisão contratual, mas de mera ação de indenização por dano moral. Suficientes os documentos acostados aos autos pelo autor. Desnecessária a inversão do ônus da prova. Incabível a extin-

acima asseverado, uma vez constatada a presença dos requisitos legais, o juiz deve inverter tal ônus, visto ser um direito do consumidor para facilitação da defesa de seus interesses. Entretanto, logicamente possível à parte, em sua peça inicial, fazer tal requerimento, cabendo ao juiz sobre ele decidir no momento oportuno.

A decisão judicial que inverte o ônus probatório deve ser, por óbvio, motivada, explicando-se a presença de seus requisitos informadores, de modo pormenorizado e completo, sem alusões genéricas abstratas, conforme exigência constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal).<sup>534</sup>

#### 3.4.4 *Momento*

O Código de Defesa do Consumidor é omissivo no tocante ao momento em que o juiz deve inverter o ônus da prova, presentes os requisitos legais.

Assim, doutrina e jurisprudência dividem-se e apresentam divergentes entendimentos acerca de qual seria este momento.<sup>535</sup>

Em geral, podemos classificar em duas correntes distintas as orientações acerca de tal momento: 1) aqueles que entendem que a inversão deve ocorrer em momento que pos-

---

ção do feito por ausência de documentos essenciais. Agravo parcialmente provido” (TJRS, 16.<sup>a</sup> Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70021044805, Rel. Helena Ruppenthal Cunha, j. 23.08.2007).

<sup>534</sup> “Processual civil. Ação revisional. SFH julgado improcedente em 1.<sup>o</sup> grau, por falta de prova. Apelação do autor que se limita a afirmar que a matéria é de direito e que a documentação juntada é bastante. Acórdão que de ofício inverte o ônus da prova e aplica a regra do art. 6.<sup>o</sup>, VIII, do CDC. Ausência de fundamentação suficiente para tanto. Sentença restabelecida. I. Conquanto se apliquem aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação as regras do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada, como aconteceu no acórdão regional, automaticamente, devendo atender, concretamente, às exigências do art. 6.<sup>o</sup>, VIII, da Lei n. 8.078/90. II. Caso, ademais, em que a apelação do autor interposta contra a decisão extintiva de 1.<sup>o</sup> grau sequer alegou hipossuficiência ou necessidade de prova pericial, argumentando, apenas, que a matéria é exclusivamente de direito e que havia documentação suficiente nos autos para o embasamento do pedido. III. Recurso especial conhecido e provido, restabelecida a sentença monocrática” (STJ, 4.<sup>a</sup> Turma, REsp 591110/BA, 2003/0169727-4, Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.05.2004, DJ 01.07.2004, p. 212).

<sup>535</sup> A jurisprudência reconhece a diversidade de entendimento existente: “Inversão do ônus da prova. Momento apropriado. Questão controvertida. Declaração no despacho saneador. Recurso provido” (19.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 0199426-13.2011.8.26.0000/SP, Rel. Sebastião Junqueira, j. 13.12.2011, Publicação 19.12.2011).

sibilite ao encarregado produzir a prova invertida, após cientificado da decisão judicial, ou seja, antes ou durante a instrução probatória; 2) aqueles que entendem o ônus da prova como regra de julgamento, devendo o juiz dele se ocupar apenas quando da prolação da sentença.

Vejamos alguns posicionamentos sobre o tema.

Para Erico de Pina Cabral, “no momento da sentença, a inversão é medida tardia porque já estará encerrada a atividade instrutória”.<sup>536</sup> Para o autor, a quebra da regra geral deve ser comunicada às partes antes do início da fase instrutória. Assim, “o juiz deve apreciar a possibilidade de inversão do ônus da prova após o encerramento da audiência de conciliação, momento em que, antes de sanear o processo, fixa os pontos controvertidos do processo e estabelece as provas a serem produzidas (art. 331, § 2.º, do CPC)”.<sup>537</sup>

Para Antônio Gidi, as regras sobre ônus da prova têm como função

[...] instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir seu julgamento nos casos de ausência de prova suficiente. Todavia, se o ônus da prova é uma regra de juízo, já não pode se dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade. [...] Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia.<sup>538</sup>

Por sua vez, Rizzatto Nunes, no mesmo sentido, entende que o momento para a inversão dos ônus probatórios também seria entre o pedido inicial e o saneamento do feito. Explica o autor que não se pode confundir a distribuição estática do ônus da prova, prevista no Código de Processo Civil, com a distribuição prevista no Código de Defesa do Consumidor, que admite, porém não de forma automática, a inversão destes ônus. Assim, no sistema consumerista não há certeza acerca dos ônus probatórios, e sua inversão apenas na sentença causaria surpresa às partes envolvidas. Entende o autor que deve o juiz se manifestar previa-

<sup>536</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 399.

<sup>537</sup> Idem, *ibidem*, p. 400.

<sup>538</sup> Antonio Gidi, *Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor*, p. 38.

mente no processo, a fim de declarar se reconhece ou não a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor. Somente presentes estes requisitos (e assim declarados pelo juiz), seria possível a inversão do ônus da prova.

Para o autor,

[...] como a lei não estipula *a priori* quem está obrigado a se desonerar e a fixação dos ônus depende da constatação da verossimilhança ou hipossuficiência, o magistrado está obrigado a se manifestar antes da verificação da desincumbência, porquanto é ele quem dirá se é ou não caso de inversão.<sup>539</sup>

Há jurisprudência neste sentido.<sup>540</sup> Entretanto, parte da doutrina entende de maneira diversa.

<sup>539</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 221.

<sup>540</sup> “Ação revisional. Inversão do ônus da prova. Momento da inversão necessariamente anterior ao término da fase instrutória sob pena de cerceamento de defesa. A inversão do ônus da prova deve preceder a instrução processual de forma que a dilação probatória seja procedida da forma mais ampla possível. Sua determinação quando do encerramento da instrução processual gera dano às partes na defesa de suas teses. Agravo provido” (10.<sup>a</sup> Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.0024.06.250930-2/001(1)/MG, Rel. Pereira da Silva, j. 06.05.2008, Publicação 27.05.2008).

“Apelação. Ação de obrigação de fazer c/c condenação em perdas e danos inversão do ônus da prova momento processual sentença. Inadequada regra de instrução. A oportuna inversão do ônus probatório deve ocorrer no momento de saneamento do feito ou antes do encerramento da fase instrutória do processo, de forma a atribuir a cada parte seus direitos e obrigações, pois, entendimento contrário, poderia ensejar cerceamento de defesa da parte que, pega de surpresa, teria a atribuição do ônus da prova só no momento do julgamento da lide, ocasião na qual, já finda a instrução probatória, ficaria à mercê das provas até ali produzidas. Sentença anulada de ofício” (38.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 0159780-29.2007.8.26.0002/SP, Rel. Eduardo Siqueira, j. 14.12.2011, Publicação 15.12.2011).

“Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão *ope judicis* (art. 6.<sup>o</sup>, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope judicis*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3.<sup>o</sup>, II, e 14, § 3.<sup>o</sup>, I, e. 6.<sup>o</sup>, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão *ope judicis* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Revisão nesse sentido do art. 262, § 1.<sup>o</sup>, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão *ope judicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. Recurso especial desprovido” (2.<sup>a</sup> Seção, REsp 802832/MG, REsp 2005/0203865-3, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.04.2011, *DJe* 21.09.2011).

Na lição de William Ferreira, as regras sobre o ônus da prova são regras de julgamento, visto que “regula a *carência* probatória, a falta de provas, solucionadora do *non liquet* no plano fático”.<sup>541</sup>

Para o autor, não se deve falar em *ônus da prova* quando da fase instrutória do processo, pois “para uma atividade instrutória útil não se deve partir do elemento negativo da tarefa, isto é, do que não fazer, mas sim deve-se entender o sentido positivo da produção de provas em busca do esclarecimento das questões fáticas”.<sup>542</sup>

E complementa:

[...] analisar o ônus da prova sob uma perspectiva de orientação da conduta de cada uma das partes na instrução (ponto de vista subjetivo do ônus) é um equívoco que se contrapõe à *cooperação instrutória* que deve nortear os atos das partes, com base na boa-fé e que deságua na importantíssima compreensão do *princípio da aquisição e comunhão da prova*, que deve orientar a todos os partícipes para uma posição ativa na produção probatória, até porque, independentemente do responsável pela introdução de uma prova nos autos, o que importará é sua *qualidade* para a solução da questão fática, sendo que o primeiro beneficiário desta é aquele que tem o dever de decidir, o juiz.<sup>543</sup>

No mesmo sentido, Rogério Sampaio que, após explicar que existem orientações no sentido de que a inversão do ônus da prova deve se dar em momento anterior ao saneamento do feito, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa, ensina que,

[...] não obstante a força desse argumento, a alegação de prejuízo à parte para qual fora direcionado o ônus cede espaço na medida em que a possibilidade de inversão judicial da prova, diante da presença de certos requisitos, decorre de expressão previsão legal. Isto é, desde o início do processo, tinham os sujeitos, integrantes de uma relação de consumo, pleno conhecimento dessa técnica processual.<sup>544</sup>

<sup>541</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 198.

<sup>542</sup> Idem, *ibidem*, p. 198.

<sup>543</sup> Idem, p. 216-217.

<sup>544</sup> Rogério Marrone de Castro Sampaio, *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*, p. 164.

Também Kazuo Watanabe entende que, tendo em vista serem as regras sobre ônus da prova regras de juízo, aplicáveis apenas quando insuficiente o material probatório colhido, “somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, consequentemente, de inversão do ônus da prova”.<sup>545</sup>

Por fim, também para Nelson Nery Junior as regras sobre ônus da prova são regras de julgamento. Para ele, “o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu”.<sup>546</sup> Complementa o autor afirmando que a parte não poderá alegar cerceamento de defesa, visto que já conhecia as regras do jogo desde o início da demanda, bem como a possibilidade de inversão do ônus da prova. Não há que falar em surpresa.<sup>547</sup>

Há jurisprudência neste sentido.<sup>548</sup>

<sup>545</sup> Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 797.

<sup>546</sup> Nelson Nery Jr., *Código de Processo Civil comentado*, p. 821.

<sup>547</sup> Idem, *ibidem*, p. 821.

<sup>548</sup> “Recurso especial. Direito do consumidor. Inversão do ônus da prova. Momento. Sentença. Possibilidade. Regra de julgamento. Ofensa ao princípio do contraditório. Inexistência. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O processo civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional. 3. As partes, no processo civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença. 7. Recurso especial conhecido e improvido” (3.<sup>a</sup> Turma, REsp 1125621/MG, REsp 2009/0132377-8, Min. Nancy Andrighi, j. 19.08.2010, DJe 07.02.2011, *RevJur* 402/113, *RSDCPC* 70/166).

“Agravo de instrumento. Ação de cobrança. Inversão do ônus da prova. CDC. Regra de julgamento. Momento próprio. Sentença. Provimento. A inversão do ônus da prova, regulada pelo artigo 6.<sup>º</sup>, VIII, do CDC, por ser norma dirigida não às partes, mas ao julgador, deve ser declarada na sentença, momento em que, encerrada a instrução, poder-se-á aferir, segundo as regras ordinárias de experiência, a hipossuficiên-

Entendemos, no caso do Código de Defesa do Consumidor, serem as regras sobre ônus da prova *regras de julgamento*, especialmente por ser a inversão destes ônus norma *expressamente* prevista na legislação.

Somente na fase de sentença poderá o juiz verificar se o conjunto probatório é suficiente ou não para o julgamento do feito ou se necessário será utilizar-se das regras sobre ônus da prova, visto que estas regras são importantes apenas no caso de insuficiência probatória.

Tendo em vista a expressa previsão legal da possibilidade de inversão do ônus da prova e de seus requisitos, não poderá o fornecedor alegar desconhecimento ou surpresa em sua aplicação pelo juiz.

E mais, como já se disse, é certo que as partes realizam as provas que lhe são favoráveis e importantes para o julgamento do feito em seu favor. Se a prova, mesmo antes de ser invertido seu ônus, for favorável ao fornecedor, ele irá produzi-la. Apenas não o fará, se lhe for prejudicial.

#### *3.4.5 Inversão do ônus econômico-financeiro*

A inversão do ônus da prova também obriga o fornecedor ao pagamento das despesas processuais decorrentes da realização desta prova.

---

cia do consumidor e a verossimilhança de suas alegações. Não se confunde o efeito da inversão do ônus da prova com a pretensão à exibição de documento, que é regulada pelo artigo 355, do CPC, 6.º, VIII, CDC, 355, CPC” (16.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.0145.07.404055-4/001(1)/MG, Rel. Batista de Abreu, j. 09.04.2008, Publicação 09.05.2008).

“Telefonia celular. Ação declaratória de inexistência de débito. Despacho saneador. Designação de perícia, com o ônus do custeio da prova a cargo da agravante, autora na ação. Irresignação. Admissibilidade. As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e a previsão legal da possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6.º, VII, do CDC) somente se aplica no momento da sentença, pois se trata de regra de julgamento e não de procedimento. Ônus devidamente cadeado à agravante, a teor do disposto no art. 33 do CPC, aplicável à espécie. Agravo de instrumento não provido” (36.ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 990093551942/SP, Rel. Romeu Ricupero, j. 11.03.2010, Publicação 25.03.2010).

Rizzatto Nunes leciona que,

[...] uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra. Se a norma prevê que o ônus da prova deve ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de – obviamente – arcar com o ônus de sua não produção.<sup>549</sup>

Isso decorre de uma lógica, visto que o ônus de provar acompanha o ônus econômico. Senão, teríamos uma contradição, que se opõe à vulnerabilidade reconhecida do consumidor.

Quem realiza a prova, mesmo que por ordem da lei ou do magistrado, deve custeá-la.

Conforme entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, uma vez invertido o ônus probatório, desincumbe-se o autor do dever de realizar aquela prova, restando, em seu favor, a presunção do fato alegado, dependente da prova invertida. Tal ônus passa a ser do réu. Caso este opte pela realização da prova necessária, deverá arcar com sua produção, inclusive com os seus custos. Caso opte pela não realização da prova, deverá arcar com os ônus de sua inércia, como sempre se dá.

Para este Tribunal Superior, a inversão do ônus da prova não implica impor à parte contrária a responsabilidade de arcar com os custos da prova invertida, mas meramente estabelecer que, do ponto de vista processual, o consumidor não tem o ônus de produzir essa prova. Assim, a parte ré não está obrigada a custear a prova invertida, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Vejamos alguns julgados neste sentido:

---

<sup>549</sup> E complementa o autor: “Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu, e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não produção da prova?”. Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 221-222.

Processual civil. Inversão do ônus da prova. Extensão. Honorários periciais. Pagamento. Perícia determinada de ofício. Autor beneficiário da justiça gratuita. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se a questão de inversão do ônus da prova acarreta a transferência ao réu do dever de antecipar as despesas que o autor não pôde suportar. 2. *A inversão do ônus da prova, nos termos de precedentes desta Corte, não implica impor à parte contrária a responsabilidade de arcar com os custos da perícia solicitada pelo consumidor; mas meramente estabelecer que, do ponto de vista processual, o consumidor não tem o ônus de produzir essa prova.* 3. *No entanto, o posicionamento assente nesta Corte é no sentido de que a parte ré, neste caso, a concessionária, não está obrigada a antecipar os honorários do perito, mas se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor* (REsp 466.604/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler e REsp 433.208/RJ, Min. José Delgado). 4. Por fim, prejudicado o pedido de antecipação de tutela, em vista da não obrigatoriedade de pagamento, pela Concessionária, dos honorários periciais. Agravo regimental parcialmente provido (STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, AgRg no REsp 1042919/SP, 2008/0065853-1, Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009, DJe 31.03.2009) (grifo nosso).

E ainda:

“Processual civil e administrativo. Ação declaratória de inexistência de débito. Serviço de esgoto sanitário. Inversão do ônus da prova. Violação de dispositivo constitucional: descabimento do especial. Fundamentação deficiente: Súmula 284/STF. Controvérsia fática: Súmula 7/STJ. 1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional. 2. Recurso deficientemente fundamentado no que diz respeito ao art. 125, I, do CPC porque não indicou, com clareza e precisão, as teses jurídicas a respeito das quais o Tribunal estava obrigado a emitir pronunciamento. 3. Hipótese em que não se discute a natureza da relação existente entre a concessionária de serviço público e o particular, cingindo-se a discussão sobre a inversão do ônus da prova. 4. Acórdão que, reconhecendo tratar-se de relação de consumo, a verossimilhança das alegações do autor e sua hipossuficiência em relação à concessionária de serviço público, deferiu a inversão do ônus da prova. Constatação de ofensa à lei federal, para afastar as premissas adotadas pelo Tribunal *a quo*, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. *A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, em se tratando de relação de consumo e sendo hipossuficiente o autor, cabível a inversão do ônus da prova, o que não tem o efeito de obrigar a parte contrária arcar com o custo da prova requerida pelo consumidor. Entretanto, o réu sofre as consequências processuais advindas de sua não produção, ou seja, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.* 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, REsp 871350/RJ, 2006/0165338-6, Min. Eliana Calmon, j. 13.05.2008, DJe 26.05.2008) (grifo nosso).

Embora o Superior Tribunal de Justiça não diga expressamente que a inversão do ônus da prova acarreta a inversão também dos ônus econômico-financeiros, os efeitos

por este Tribunal propostos são os mesmos, quais sejam o fornecedor arca com os ônus da não produção da prova, não tendo o consumidor nenhuma responsabilidade sobre esta prova quando invertida, mesmo em relação aos aspectos econômicos de sua realização.

### **3.5 A inversão do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil**

Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 166/2010, que versa sobre um novo Código de Processo Civil, o qual viria a substituir o atual Código, que data de 1973.

O Projeto, de autoria do Senado Federal, foi aprovado por esta Casa Legislativa, com alterações, em 15 de dezembro de 2010, e segue para a Câmara dos Deputados para análise.

Em seu Capítulo XI, o Projeto de Lei versa sobre as provas, suas disposições gerais (seção I), produção antecipada de provas (seção II), da ata notarial (seção III), do depoimento pessoal (seção IV), da confissão (seção V), da exibição de documento ou coisa (seção VI), prova documental (seção VIII), prova testemunhal (seção IX), prova pericial (seção X) e, por fim, da inspeção judicial (seção XI).

Atendo-nos ao que mais interessa ao presente estudo, cumpre ressaltar a nova normativa no tocante aos ônus da prova e sua distribuição, propostas no projeto.

Nos termos dos arts. 357 e 358:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1.º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2.º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Complementa a inovação o art. 118, V, que trata dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz, ao dispor que:

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Assim, resta claro que o Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil encampa a teoria da carga probatória dinâmica, ou seja, estatui regras prefixadas, estáticas sobre os ônus probatórios, mas, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, possibilita ao juiz, por decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso tais ônus, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, de maneira a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico.

Para Misael Montenegro Filho,

[...] com a sugestão de aprovação do art. 358, a comissão encarregada da elaboração do novo CPC pretende estender a técnica da inversão do ônus da prova (sob a modalidade da distribuição diversa do ônus da prova) para as relações cíveis, o que nos parece absolutamente adequado. Para tanto, é necessário que o magistrado fundamente o pronunciamento de sua lavra.<sup>550</sup>

Também a favor da medida, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, para quem

[...] não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização dos ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar

<sup>550</sup> Misael Montenegro Filho, *Projeto do novo Código de Processo Civil*, p. 297.

insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.

E complementam os autores mencionando que, dinamizando os ônus probatórios, estará o julgador cumprindo seu dever de auxílio, inerente ao princípio da colaboração, e que permeia todo o Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil.<sup>551</sup>

É certo que o Projeto de Lei 166/2010 possui um espírito diferenciado do atual Código, visto ter sido elaborado em época de valores diferentes dos da década de 70, em um Estado de Direito, bem como baseado em uma Constituição Democrática.

Em sua exposição de motivos, dispõe o Projeto de Lei que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

E, ainda, elenca as vigas mestras do novo ordenamento, os objetivos que orientaram a Comissão a elaborar o Projeto do modo como ele se apresenta, quais sejam:

1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

O segundo objetivo apontado, qual seja criar condições para a busca da verdade real e prolação de decisões justas e eficazes, que gerem a pacificação social esperada, é o que mais nos interessa no estudo da produção probatória no processo.

---

<sup>551</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *O projeto do CPC: críticas e propostas*, p. 103.

A fim de dar cabal cumprimento a este objetivo, o projeto do novo Código prevê uma maior colaboração entre os sujeitos processuais, um empenho na busca pela isonomia das partes, bem como um maior envolvimento do juiz com a causa, um juiz mais ativo, sem que isso lhe fira a imparcialidade necessária para bem julgar.

Como exemplo, podemos citar o art. 5.º, que prevê participação ativa das partes no processo, em nítida atenção ao princípio da colaboração e cooperação. Reza o citado artigo que: “Art. 5.º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

No mesmo sentido o art. 8.º, ao prever a contribuição das partes e do julgador para o fim almejado, de forma célere, eficaz e justa: “Art. 8.º As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”.<sup>552</sup>

Quanto às provas, temos o art. 353, que prevê: “Art. 353. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar os fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz”.

---

<sup>552</sup> Também o art. 80, ao prever que:

“Art. 80. São deveres das partes, de seus procuradores, e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

V – cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final;

VI – declinar o endereço, residencial ou profissional, em que receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva.

Como será estudado, trata-se da colaboração dos sujeitos processuais ensejando verdadeira participação das partes no trâmite processual, influenciando no julgamento final.

No entanto, é certo que, para a efetiva colaboração e participação das partes no processo, com possibilidades de influência com idênticas chances de êxito na decisão final do magistrado, necessário se faz que estas atuem em igualdade de condições, ou seja, que exista real isonomia entre elas.

Para Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario, a isonomia não é apenas um direito individual,

[...] mas também organizacional, verdadeiro mecanismo regulador da atividade do Estado, inclusive na atuação jurisdicional, ao impor aos juízes o dever de neutralizar, no processo, as desigualdades reais existentes entre os homens, em prol do equilíbrio de forças na relação processual, indispensável à justa composição da lide. Daí sua caracterização dúplice como direito fundamental do jurisdicionado e dever institucional do juiz.<sup>553</sup>

Assim, o processo deve ser estruturado de modo a possibilitar esta isonomia processual entre os litigantes, com idênticas oportunidades de participação e influência nas decisões do julgador.

Mais uma vez citando Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario:

[...] só um processo desenvolvido com bases isonômicas atende à exigência democrática igualitária. Porque só o desenrolar procedimental em contraditório, e que envolva partes dotadas de iguais forças, expressões, no processo, do valor igualdade, poderá produzir decisão justa. Logo, só se pode chamar justo um processo que seja também isonômico.<sup>554</sup>

Encampa este entendimento o Projeto do Código de Processo Civil em seu art. 7.º, que prevê: “Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exer-

<sup>553</sup> Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario, O incidente de resolução, p. 448.

<sup>554</sup> Idem, *ibidem*, p. 449.

cício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

Para a concretização destes princípios da colaboração e isonomia, que se transformam em objetivos do novo Código, o Projeto estabelece, também, a figura de um juiz mais ativo, preocupado com a justa solução da lide, detentor de poderes e deveres capazes de gerar o alcance da verdade real, embasando decisões mais consentâneas com a realidade e com os anseios da sociedade.

No próprio art. 7.º acima transcrito, o Projeto ordena ao juiz a busca pela paridade entre as partes, seja em relação ao tratamento, aos meios de defesa, aos ônus, deveres, sanções, bem como a observância do contraditório, em todas as suas fases.

Também o art. 118 prevê poderes e deveres do juiz que implicam maior ativismo judicial, além de sua atividade perante a produção probatória, já citada.

O julgador deve velar pelo efetivo diálogo e colaboração das partes em todo o procedimento, bem como pela isonomia substancial entre elas.

Na lição de Gustavo Quintanilha Telles de Menezes,

[...] o magistrado assume a direção efetiva – e não apenas formal – do processo, abandonando a posição de mero fiscalizador da observância das normas legais, passando a ativo participante, a fim de evitar tanto a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante quanto o perecimento indevido e involuntário de um direito relevante do jurisdicionado.<sup>555</sup>

Como asseverado pelo autor, a experiência demonstrou a insuficiência da atuação das partes na solução dos conflitos e na obtenção de decisões justas, eficazes, capazes de gerar a esperada pacificação social. Portanto, a conjuntura social, política e cultural atual

---

<sup>555</sup> Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, *A atuação do juiz na direção do processo*, p. 194-195.

exige a figura de um juiz mais ativo, participativo e colaborativo, resultando a sentença final de um trabalho conjunto entre todos os sujeitos do processo.<sup>556</sup>

É certo que a postura ativa das partes, sua efetiva participação nos atos processuais, bem como os princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição e da necessidade de fundamentação das decisões, constituem controles à atuação judicial, de modo a não tornar o juiz sujeito de poderes ilimitados.

Por todo o exposto no presente estudo, em absoluta consonância com os objetivos traçados pelo Projeto de Lei 166/2010, é evidente que nos posicionamos favoravelmente à inovação trazida pelo denominado novo Código de Processo Civil, no tocante à expressa previsão de dinamização dos ônus probatórios e sua inversão nos casos que dependerem desta atuação judicial e colaboração das partes para seu real esclarecimento e solução justa e eficaz da lide.

Como observa Gustavo Quintanilha Telles de Menezes,

[...] numa atenta observação das condições em que se encontram as partes em relação à facilidade ou não de acesso às provas, o juiz deve, se necessário, inverter o ônus da prova, não permitindo que qualquer delas se prevaleça de uma posição de vantagem para frustrar a apuração de fatos que à outra beneficiariam. Ninguém pode perder um direito por não ter conseguido apresentar a prova dos fatos que o sustentam se essa prova não está a seu alcance, mas da parte contrária ou terceiro. A doutrina da carga dinâmica da prova abandonou a perspectiva tradicional e distributiva do ônus probatório. Funda-se, entre outros aspectos, no dever de colaboração e no compromisso pela busca de verdade real.<sup>557</sup>

No entanto, causam-nos certa preocupação os requisitos legais permissivos desta medida benéfica elencados pelo projeto.

Segundo o art. 358 do Projeto, poderá o juiz distribuir de modo diverso os ônus probatórios: a) considerando as circunstâncias da causa; b) considerando as peculiaridades

<sup>556</sup> Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, A atuação do juiz na direção do processo, p. 195.

<sup>557</sup> Idem, *ibidem*, p. 210.

do fato a ser provado; c) e impondo o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Entendemos que os dois primeiros requisitos são demasiadamente vagos, dando margem a atuações indevidas pelo órgão judicial.

“Circunstâncias da causa” e “peculiaridades do fato” são termos por demais amplos e genéricos, capazes de gerar certa insegurança jurídica em sua aplicação aos casos concretos.

Logo, mais prudente seria o Projeto de Lei utilizar-se dos requisitos previstos pela teoria da carga dinâmica da prova, já aplicada com ampla aceitação e aprovação por diversos países como Argentina, Alemanha e Espanha, bem como dos requisitos nacionais para inversão do ônus da prova já previstos no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam a verificação da vulnerabilidade e hipossuficiência, em especial técnica, de um dos litigantes, a verossimilhança das alegações, bem como a utilização das máximas de experiência para verificação e preenchimento de conceitos vagos.

Portanto, seriam requisitos para a dinamização dos ônus probatórios: 1) a dificuldade ou impossibilidade da produção de determinada prova por quem a regra estática lhe atribui; e 2) a maior facilidade de produção da prova pela parte contrária que, inicialmente, não possuía tal encargo; mediante juízo de verossimilhança baseado nas máximas de experiência.

Explica-se.

Reconhecendo o julgador, de ofício ou a requerimento do interessado, que este possui grandes dificuldades ou impossibilidade na produção da prova que lhe foi atribuída por lei, e que a parte contrária possui melhores condições em sua produção, de rigor que o magistrado dinamize este ônus probatório, impondo-o a quem revele melhores possibilidades em sua realização.

O requisito da dificuldade ou impossibilidade na produção da prova pode ser aferido reconhecendo-se a vulnerabilidade da parte na relação de direito material, transferida à relação jurídica processual, ou na hipossuficiência do litigante, seja econômica, técnica etc.

A vulnerabilidade, característica de direito material, identifica uma das partes da relação jurídica como a mais fraca, seja técnica, econômica, socialmente, entre outras causas.

Entretanto, é certo que esta característica de direito material, como já dito, transfere-se à relação jurídica processual, interferindo, de modo desastroso e prejudicial, na isonomia das partes no processo.

Reconhecendo-se um dos litigantes como parte vulnerável, por exemplo, o alimentando nas ações de alimentos, pela sua condição de necessidade e dependência para com o alimentante, entre outras, de rigor que o magistrado atue positivamente, cumprindo seu dever de colaboração, proporcionando ao vulnerável reais chances de litigar em igualdade de condições, com a possibilidade de obter uma decisão favorável a seus interesses.

Do mesmo modo, reconhecendo-se a hipossuficiência, não material, mas estritamente processual, de um dos litigantes na produção de determinada prova, por exemplo, ante sua insuficiência e dificuldade técnica na produção da prova necessária, obriga-se o julgador a liberá-lo desta prova, onerando a parte que possua tais condições.

Concomitantemente à presença destas condições, deverá o julgador verificar se, à parte contrária, é mais fácil a produção da prova necessária ao deslinde do feito.

Assim, poderá o litigante inicialmente não onerado portar os documentos comprobatórios do alegado, possuir a técnica necessária para a demonstração dos fatos ocorridos, deter informações privilegiadas quanto à questão, entre outros, que lhe possibilitem, de modo simples, acessível, a produção probatória.

A verificação da vulnerabilidade, da hipossuficiência da parte, da dificuldade ou impossibilidade de produção da prova por um dos litigantes, bem como da maior facilidade de produção probatória pelo outro, deve ser auferida por juízos de verossimilhança das alegações de ambas as partes, mediante a utilização das máximas de experiência pelo julgador.

Entendemos que os requisitos ora elencados asseguram maior objetividade em sua aferição e fundamentação pelo julgador, visto que se baseiam em fatos e situações jurídicas atuais das partes, bem como em juízos que levam em consideração requisitos já conhecidos e aprovados pelo ordenamento jurídico brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor. Tudo independentemente das “peculiaridades do fato” e “das circunstâncias da causa”, versando-se apenas sobre circunstâncias puramente processuais, ou seja, com base na prova a ser produzida e na capacidade das partes, o que interfere na atuação isonômica no processo.

E mais, de acordo com a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, cada prova é analisada isoladamente para verificar a quem é possível sua produção. Assim, haverá casos em que o autor e o réu produzirão provas que, a princípio, fundamentariam os fatos constitutivos do direito do autor, dividindo-se os encargos probatórios. A verificação é individual, com base na prova a ser produzida, e não se tomando as circunstâncias gerais da causa como premissa.

Quanto ao § 1.º do art. 358, que determina que se dê oportunidade à parte para o desempenho adequado do ônus probatório, quando dinamizado, entendemos que o Projeto fez por bem adotar a regra do ônus da prova como regra de atividade, de comportamento, além de regra de julgamento.

Determinando que a parte, depois de cientificada e com possibilidade de produzir o devido contraditório (art. 358, *caput*), ainda deva possuir prazo hábil para a produção da prova, certo é que o novo Código impede a inversão dos ônus da prova na sentença.

Assim, a inversão dos ônus probatórios deverá ocorrer em tempo e momento processual hábil a propiciar o contraditório entre as partes e o desempenho adequado do ônus probatório ao litigante a quem ele for imputado.

Por fim, o § 2.º do art. 358 entende que a inversão do ônus da prova não implica a inversão do ônus econômico-financeiro proveniente desta produção probatória.

Entretanto, não podemos concordar com a proposta de lei, posto que, quando há inversão dos ônus da prova, invertem-se, como o próprio nome sugere, todos os encargos advindos desse ônus, e não apenas a produção probatória em si.

O ônus da prova é mais do que sua mera produção; engloba sua conveniência à parte, os prejuízos de sua não realização, bem como os encargos de sua produção, relativos a prazos, atividades e custos.

Portanto, inclui-se no ônus da prova o ônus econômico-financeiro, não havendo como dissociá-los.

Caso a parte onerada não possua condições de arcar com os custos da prova, deverá requerer os benefícios da justiça gratuita, de modo a não prejudicar sua subsistência na produção probatória. No entanto, fora destes casos, deverá arcar com os custos da prova.

Na forma proposta pelo Projeto, diversas problemáticas se afiguram, por exemplo, caso a parte a quem incumbia inicialmente a prova não disponibilizar os valores necessários a sua produção em prazo que o litigante agora encarregado da prova entenda necessário, poderá ele isentar-se da produção da prova? Sobre quem recairão os ônus da inércia? E no caso de a prova ter sido requerida por ambos os litigantes? Arcará com seus custos aquele a quem a norma estática determine a produção da prova, mesmo diante do fato de que esta norma, exatamente porque insuficiente e, por vezes, prejudicial ao caso em questão, fora afastada?

É certo que tais questões gerarão infundáveis discussões e recursos inevitáveis.

Mais simples e correto seria atribuir todos os ônus advindos da produção probatória ao mesmo litigante, não tendo ele que depender do adversário para sua atividade.

Finalmente, deixamos consignado que, para os fins deste trabalho, quais sejam a inversão do ônus da prova nas ações alimentícias, entendemos desnecessária, embora importante e facilitadora, a modificação legislativa em tramitação.

É claro que, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que prevê e autoriza a dinamização dos ônus probatórios, de mais fácil visualização e aplicação será a inversão pretendida nas ações de alimentos, ainda mais ante a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei Especial 5.478/1968.

Entretanto, entendemos possível a inversão do ônus da prova nas ações alimentícias mesmo sem a modificação pretendida, utilizando-se o ordenamento nacional do modo em que atualmente posto, com base em normas permissivas, em princípios constitucionais, e teorias adotadas pela doutrina e jurisprudência, como buscará este trabalho demonstrar.

## 4

### INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

#### 4.1 Teoria geral da inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e aplicável às ações de alimentos

A seguir, estudaremos a necessidade e a possibilidade, diante do ordenamento jurídico vigente, da inversão do ônus da prova nas ações de alimentos, com base na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor, anteriormente analisado, e nos princípios constitucionais já mencionados, bem como aqueles que a seguir serão examinados mais detidamente.

##### *4.1.1 Princípios que justificam a inversão do ônus da prova na ação de alimentos*

A seguir, trataremos de alguns princípios constitucionais que autorizam, e até mesmo determinam, a aplicação das teorias em estudo, em especial para possibilitar a inversão do ônus da prova nas ações alimentares em geral.

Nas palavras de Rogério Marrone de Castro Sampaio, “o socorro aos princípios surge como mecanismo viabilizador da moderna concepção de sistema jurídico aberto, sujeito às influências das demais ciências”.<sup>558</sup> Por isso a importância de seu estudo, em especial quando se busca ir além do texto legal, por meio de uma interpretação sistêmica, integradora.

Analisaremos os princípios da isonomia, do acesso à ordem jurídica justa e da solidariedade e cooperação, a fim de embasarmos estruturalmente o estudo ora realizado.

---

<sup>558</sup> Rogério Marrone de Castro Sampaio, *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*, p. 90.

#### 4.1.1.1 Isonomia das partes no processo

Para tratar do princípio constitucional da isonomia, necessária e profícua a apresentação inicial de um panorama histórico acerca do tema, bem como sua confrontação com o princípio da igualdade formal.

Leciona Luis Guilherme Marinoni que, quando do surgimento do *liberalismo*,

[...] o direito liberal imaginava que, para garantir a liberdade dos homens, deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares. Sustentava-se, nessa época, a ideia da igualdade (formal) de todos perante a lei, proibindo-se o legislador de estabelecer tratamento diversificado às diferentes posições sociais. Supunha-se que, com a impossibilidade do Estado agir diante das necessidades sociais, estaria garantido o bem mais supremo do homem, que seria a sua liberdade, pouco importando se ela não pudesse ser usufruída por todos, e assim não fosse entendida como uma liberdade concreta.<sup>559</sup>

Na verdade, esta *igualdade formal* apenas trouxe desigualdades e injustiças, visto que não “enxergava” as desigualdades existentes no cotidiano das pessoas, atribuindo-se uma igualdade inexistente e inventada a todos, indistintamente.

E prossegue o autor dizendo que,

[...] nessa perspectiva, entendia-se que, para ser conservado o direito de ir a juízo, bastaria se dar ao cidadão o direito formal de apresentar sua pretensão em juízo e proibir o Estado de obstaculizar o exercício desse direito. Porém, pouco importava se o cidadão – aí também chamado de indivíduo-razão – teria condições econômicas de usufruir tal direito. O direito ao poder judiciário era pensado – dentro da lógica do direito liberal – como direito que independeria da *particular posição social ou da necessidade concreta do cidadão*. Daí a ideia de uniformidade procedimental, ou melhor, da existência de um único procedimento para atender a tudo e a todos. *Não pode haver dúvida, nesse sentido, que o procedimento ordinário traduz a ideia contida no mito da igualdade formal, conservando em si os fundamentos da ideologia liberal.*<sup>560</sup>

<sup>559</sup> Luis Guilherme Marinoni, Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social, p. 13-14.

<sup>560</sup> Idem, *ibidem*, p. 13-14.

Atualmente, os estudiosos do direito, mas também, e essencialmente, das demais disciplinas, em especial das ciências humanas, entendem que o coletivo é *heterogêneo*. A raça humana é heterogênea.

Embora sejamos todos iguais por sermos seres humanos, somos diferentes em vários sentidos, seja quanto à raça, cor, idade, religiosidade, gênero, orientação sexual etc.

Assim, ante esta nova *visão contemporânea* da sociedade, não mais falamos em princípio da igualdade, que pressupõe uma igualdade formal, perante a lei apenas, que não enxerga as diferenças ínsitas às pessoas, e sim em *princípio da isonomia*. Igualdade pressupõe homogeneidade, servir a todos igualmente. Já isonomia pressupõe a heterogeneidade da população humana, servir, dar a cada um o que lhe é necessário, o que lhe é devido, na medida de sua necessidade. Trata-se de verificar o caso concreto, a situação peculiar do destinatário da norma, a fim de dar-lhe o que lhe é devido ante suas especificidades.

Necessário sim existir isonomia perante a lei (igualdade formal), conforme determina o art. 5.º da Constituição Federal, mas também isonomia na lei (igualdade substancial). Assim, as normas também devem prever essa necessidade de *igualdade na desigualdade*.

Segundo o Professor Seabra Fagundes,

[...] a igualdade perante a lei distingue da igualdade na lei. A primeira significa a obediência das normas jurídicas gerais aos casos concretos, segundo o estabelecido por elas (isonomia formal). A segunda não admite que as normas jurídicas tragam distinções não admitidas pela própria constituição, isto é, tanto o legislador quanto o aplicador da lei não poderiam desigualar.<sup>561</sup>

Complementa Artur Carpes dizendo que

---

<sup>561</sup> Seabra Fagundes, O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, RT 235/3, apud Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 27.

[...] na igualdade formal há a aplicação uniforme da lei, sem qualquer distinção, pressupondo uniformidade de sua aplicação. Este era, aliás, um dos pressupostos do Estado liberal, momento em que a generalidade da lei era pensada enquanto garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos que, por serem “iguais”, deveriam ser tratados sem qualquer discriminação. Na igualdade substancial, por outro lado, há a consideração das particularidades entre os sujeitos que são comparados, que os diferencia à luz de uma finalidade. Considerando-se que tais particularidades configuram, substancialmente, desigualdades, procura-se, mediante a consideração de tais particularidades *in concreto*, ajustar uma relação isonômica em prol de determinado fim.<sup>562</sup>

Assim, importante não só que o aplicador da lei vise à isonomia das partes, mas também o legislador deve basear-se neste princípio em sua função, levando em consideração as situações peculiares que envolvem a regra abstrata, em nome da razoabilidade e proporcionalidade, o que facilitará a aplicação da lei e dos princípios constitucionais aos casos concretos.

É certo que, como leciona San Tiago Dantas,

[...] quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme a repercussão que tem no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.<sup>563</sup>

E reconhecendo que a aplicação do princípio da isonomia depende tanto do aplicador do direito quanto do legislador, José Afonso da Silva, para quem o princípio da igual-

<sup>562</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 80.

<sup>563</sup> San Tiago Dantas, Igualdade perante a lei e *due process of law*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. CXVI/357, p. 357-367, 1948, apud Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 32.

dade jurisdicional constitui “uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções”. Complementa o autor que,

[...] o princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.<sup>564</sup>

Imbuído deste espírito, o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil, nele inseriu o art. 125, I, que dispõe que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento”.

O direito processual é instrumento de cumprimento das normas constitucionais.

O princípio da igualdade manifesta-se na Constituição Federal por meio da assertiva de que todos são iguais perante a lei (art. 5.º, *caput* e inc. I da CF). Relativamente ao processo civil, o princípio significa que todos os litigantes devem receber do juiz tratamento isonômico.

Entretanto, como é sabido, dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade.

Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,

[...] na conceituação positiva de isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.<sup>565</sup>

<sup>564</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 221.

<sup>565</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra et al., *Teoria geral do processo*, p. 60.

Neste mesmo sentido, leciona José Roberto dos Santos Bedaque que a igualdade formal entre os litigantes

[...] não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do direito e que, por isso, não se contenta com meras figuras de retórica. 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.<sup>566</sup>

Logo, o direito processual deve prever meios para promover a igualdade entre as partes.

A credibilidade do processo como instrumento de solução de conflitos de interesses depende essencialmente de sua capacidade de oferecer aos respectivos titulares uma perspectiva de equanimidade.<sup>567</sup>

Conforme Teresa Arruda Alvim,

[...] em sociedades onde a preocupação intensa e real com o acesso à Justiça acaba por fazer com que mais e mais pessoas efetivamente cheguem a litigar, é natural que muitas e muitas vezes os litigantes, que não mais se restringem a uma casta social privilegiada, estejam em condições de escandalosa desigualdade.<sup>568</sup>

Neste sentido, o juiz, considerado imparcial pela teoria clássica, não pode ser um assistente inerte, um expectador de um duelo. Assim, deve interferir para tornar iguais as partes desiguais, conforme determina o art. 125 do Código de Processo Civil.

A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial [...]. A circunstância de uma das partes ser hipossuficiente pode levar a que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. E o processo foi concebido para declarar, *lato sensu*, o direito que uma

<sup>566</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 71-72.

<sup>567</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *La igualdad de las partes en el proceso civil*, p. 177.

<sup>568</sup> Teresa Arruda Alvim, *Reflexões sobre o ônus da prova*, p. 141.

das partes tenha, e não para retirar direitos de quem os têm ou dá-los a quem não os têm. Em função deste parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.<sup>569</sup>

“De nada adianta elaborar leis materiais visando à proteção da parte mais fraca na relação litigiosa se inexistente um sistema processual que atenda às suas necessidades”, conforme Sandra Aparecida Sá dos Santos.<sup>570</sup>

A distribuição dos ônus probatórios, como prevista atualmente no art. 333 do Código de Processo Civil, revela-se alheia à igualdade substancial das partes e à maior ou menor dificuldade que aquela onerada terá em cumprir com a missão previamente estabelecida pela lei. As circunstâncias de desigualdade, dificuldade e facilidades para prova do alegado apenas se poderá visualizar em concreto, à luz das peculiaridades de cada caso.<sup>571</sup>

Assim, por exemplo, o art. 4.º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que reconhece o consumidor como parte mais fraca na relação processual, parte vulnerável, e adota diversos mecanismos a fim de que se tenha isonomia real entre consumidor e fornecedor.

Logo, o art. 6.º, VIII, do mesmo diploma legal, que prevê a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, 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, não é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade esta reconhecida pela própria lei.

O mesmo se diga do elenco de cláusulas abusivas vedadas ao fornecedor, podendo o juiz reconhecê-las de ofício, modificando-as quando estabeleçam prestações desproporcionais ou revendo-as em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

<sup>569</sup> Teresa Arruda Alvim, *Reflexões sobre o ônus da prova*, p. 142-143.

<sup>570</sup> Sandra Aparecida Sá dos Santos, *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 36.

<sup>571</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 70.

Ainda, nos contratos de adesão, também a lei reconhece a vulnerabilidade do consumidor, e, na tentativa de igualar a situação entre as partes do contrato, admite a cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor (art. 54, § 2.º, Código de Defesa do Consumidor).

Esses são apenas alguns exemplos da manifestação do princípio da isonomia no direito do consumidor, diploma legal que reconhece expressamente a situação de desigualdade existente nas relações materiais.

Segundo lição de José Carlos Barbosa Moreira, a relação perfeita do ideal de igualdade – no processo e fora dele – é e sempre será uma utopia. Entretanto, essa convicção não é uma desculpa válida a quem, podendo atuar no sentido de promovê-la, prefere omitir-se. Se é certo que jamais se atingirá a eliminação completa da desigualdade material entre as partes, também é certo que não estamos autorizados a nos conformarmos passivamente com a perversa desfiguração que ela imprime no funcionamento do mecanismo judicial.<sup>572</sup>

Reconhecida a *desigualdade na relação fática*, desigualdade esta *sempre trasladada ao processo* e que dificulta, ou até mesmo impossibilita, a completa, correta e eficaz instrução processual, em seu sentido mais amplo, de rigor que o aplicador do direito, utilizando-se das normas legais disponíveis, supra tais disparidades, trazendo ao caso o princípio constitucional da isonomia.

Caso assim não o faça, teremos, como resultado, uma decisão injusta, que não reflete o direito material em litígio, gerando descrédito do Poder Judiciário e um acesso inefetivo à justiça real e a uma ordem jurídica justa.

---

<sup>572</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *La igualdad de las partes en el proceso civil*, p. 183.

#### 4.1.1.2 Acesso à justiça e efetividade do processo – direito fundamental à ordem jurídica justa

A Constituição Federal, em seu art. 5.º, XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo, de forma ampla e genérica, o acesso à Justiça, ou seja, não apenas o direito de ingressar com uma ação e movimentar a máquina judiciária, mas também de obter a tutela jurisdicional.<sup>573</sup>

Na conhecida lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça compreenderia pelo menos duas finalidades essenciais do sistema jurídico, quais sejam a *acessibilidade igualitária* a todos e a *produção de resultados justos*. Para tanto, necessário proporcionar aos cidadãos um acesso realmente efetivo à ordem jurídica. Neste contexto, formulam a teoria das ondas de acesso à justiça.<sup>574</sup>

Portanto, é certo que, mais do que garantir a mera formulação de um pedido, a Constituição Federal, segundo Leonardo Ferres, assegura um acesso efetivo à ordem jurídica justa.<sup>575\_576</sup>

Para Artur Carpes,

[...] em outras palavras, a jurisdição, através do processo, tem o dever de tornar viáveis as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição, aplicando a lei, portanto, na dimensão dos direitos fundamentais. [...] O direito fundamental de ação – corolário da ordem jurídica justa – passa a ser concebido não meramente como direito a uma sentença de mérito, mas como direito à fixação de técnicas processuais idôneas a traçar técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflituosas, mas também o juiz, quando, à luz das circunstâncias concretas do caso, revela-se omissa ou inadequada a técnica tipificada na lei.<sup>577</sup>

<sup>573</sup> Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional*, p. 153.

<sup>574</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, especialmente p. 8.

<sup>575</sup> Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional*, p. 153.

<sup>576</sup> Para Rogério Sampaio, “essa ideia de justiça, agregada à noção de acesso ao Poder Judiciário, confere ao Estado o dever de proporcionar ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional que, com efetividade, venha a solucionar o litígio em que esteja envolvido, ainda que adotada solução que lhe seja desfavorável” (*A atuação do juiz no direito processual civil moderno*, p. 103).

<sup>577</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 76-78.

No mesmo sentido Nelson Nery Jr.<sup>578</sup>

Segundo Flávio Luís de Oliveira, o *princípio do acesso à justiça*, previsto no artigo constitucional supracitado, não pode ser visto como um direito meramente formal e abstrato, um simples direito de propor ações em juízo, posto que

[...] no que concerne aos objetivos fundamentais da república, insta salientar que o acesso à justiça contribui, sobremaneira, para a inclusão social e, portanto, para a redução de desigualdades socioeconômicas. Portanto, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania.<sup>579</sup>

Não podemos esperar do legislador, na elaboração de normas abstratas, que sejam abarcadas todas as situações do cotidiano complexo. Assim, necessário que os aplicadores do direito também garantam a defesa e concretude dos direitos fundamentais constitucionais, na busca de uma ordem jurídica justa e efetiva.

Entretanto, desde que o processo se fez autônomo do direito material, faltou a esta disciplina, agora autônoma, a orientação pela busca de resultados justos, a fim de servir como instrumento efetivo de composição de litígios e pacificação social.

Assim,

[...] não raras vezes, ao final do processo, culminava-se por declarar o direito subjetivo das partes apenas em abstrato. Sem se preocupar com a veracidade, a efetividade ou a justiça da decisão, o que se tinha, na verdade, era uma tutela meramente formal, por vezes ficcional de direitos, capaz de fazer do preto, branco, e do quadrado, redondo, mas sistematicamente inábil em promover alterações concretas no mundo dos fatos.<sup>580</sup>

Logo, o processo não estava atendendo a seus fins, mostrando-se como *fonte de injustiças* e de *verdades meramente formais*, sem utilidade fática e sem gerar a pretendida

<sup>578</sup> “Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio.” Nelson Nery Jr., *Princípios do processo na Constituição Federal*, p. 172.

<sup>579</sup> Flávio Luís de Oliveira, *Princípio do acesso à justiça*, p. 79-80.

<sup>580</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 4-5.

justiça, “atrelado a um conceitualismo, um formalismo e um tecnicismo que se revelaram extremos, imerso em um academicismo dogmático sem precedentes e, ainda, sem qualquer preocupação com objetivos e resultados ou com os anseios da sociedade”.<sup>581</sup>

Apenas na segunda metade do século XX asseverou-se a verdadeira finalidade do processo, sua necessidade de influenciar positivamente a vida das pessoas, trazendo resultados justos e eficazes, capazes de pacificar a sociedade e atingir seus anseios.

Mais do que um instrumento de concretização da lei, o processo passou a ser visto como *mecanismo de efetiva realização da tutela jurisdicional dos direitos subjetivos* perseguidos pelas partes.<sup>582-583</sup>

Para Sérgio Porto,

[...] o processo aparece no Estado contemporâneo como instrumento integrante do Estado de Direito, na qualidade de garantia oferecida pelo Estado ao cidadão, e, portanto, como elemento essencial à democracia, já que forma legitimada constitucionalmente pela sociedade para o exercício da jurisdição.<sup>584</sup>

No mesmo sentido Gustavo de Medeiros Melo:

O direito fundamental de acesso adequado à justiça significa a garantia de uma tutela legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com

<sup>581</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 5.

<sup>582</sup> Idem, *ibidem*, p. 5.

<sup>583</sup> Tem-se, como exemplo, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Atos registrares e notariais extrajudiciais. Assistência judiciária gratuita. Extensão. Possibilidade. Efetividade do direito de acesso à justiça e do provimento judicial em si. 1. Esta Corte Superior firmou sua orientação no sentido de que, da cláusula constitucional vertida no art. 5.º, inc. LXXVII, retira-se a validade de determinação administrativa ou legal de extensão de gratuidade a atos registrares e notariais que sejam consequência do próprio provimento judicial àqueles que tiveram reconhecido o direito à assistência judiciária gratuita, pois se trata, assim, de garantir não só a efetividade do provimento judicial como também o exercício efetivo do acesso à Justiça. Precedentes. 2. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido” (STJ, 2.ª Turma, Recurso Ordinário 29429/RS, 2009/0082167-7, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.11.2010, *DJe* 12.11.2010).

<sup>584</sup> Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, *Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional*, p. 154.

alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos.<sup>585</sup>

Uma *tutela efetiva* engloba uma *tutela adequada, célere e eficaz*.

Para Leonardo Ferres, “a tutela jurisdicional vai além da garantia do devido processo constitucional – que é, em última análise, o instrumento estatal de solução de conflitos –, implicando uma garantia de meios efetivos para a realização *in concreto* do direito material”.<sup>586</sup>

E, ainda, sabe-se que uma decisão nunca será realmente justa se fundada em determinações errôneas e inaceitáveis dos fatos levados a juízo. Nas palavras de Michele Taruffo, a afirmação da verdade dos fatos como condição de justiça da decisão não é um dado típico de uma concepção específica dos objetivos do processo, mas tende a ser um critério de caráter geral sempre que se pense na decisão judicial em termos de justiça e não só de eficiência como instrumento de pacificação ou de controle social.<sup>587</sup>

É certo que a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e eficaz perpassa por vários outros obstáculos, que não apenas o processo e sua instrução, mas também o desconhecimento dos direitos pela população, a escassez de assistência jurídica gratuita e de qualidade, o alto custo da máquina judiciária, entre outros.

<sup>585</sup> Gustavo de Medeiros Melo, O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo, p. 691.

<sup>586</sup> Sérgio Gilberto Porto, A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, p. 179.

<sup>587</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 64-65. No citado livro, o autor apresenta argumentos teóricos, ideológicos e práticos para a negação e a aceitação da verdade no processo civil. Interessante exposição faz quanto à finalidade do processo que, para aqueles que negam a busca da verdade no processo civil, seria a resolução dos conflitos, independentemente de sua correlação com a verdade. Resolver conflitos significaria encontrar a composição de interesses mais satisfatória para as partes e, eventualmente, para o contexto social. Assim, a busca da verdade seria desnecessária e, até mesmo, contraproducente, uma vez que gera gastos e dispêndio de tempo no processo. Entretanto, ao apresentar teses de defesa da busca de verdade no processo, o autor afirma que, mesmo que se entenda que a finalidade do processo é a resolução de conflitos, é certo que não se aceita como válida qualquer solução, devendo esta basear-se em algum critério de justiça, o que nos obriga a reconhecer a necessidade de determinação verdadeira dos fatos como condição necessária de qualquer solução minimamente justa de conflitos. E completa o autor dizendo que uma justiça sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade no qual não existem garantias quer materiais, quer processuais. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 38, 45, 65 e 69, em especial.

Quanto às barreiras internas, temos a ausência de legislação específica sobre determinados temas, o excesso de formalismo, a inadequação de certos preceitos legais à atualidade, entre outros.

Logo, necessária a quebra de tais barreiras para alcançar o fim maior de atingir um processo e tutela jurisdicional realmente justos e eficazes.

Para a obtenção de uma decisão que respeite tais valores, necessária a conjugação de diversos fatores, como um juiz ativo, que prima pela busca da verdade real, próximo às partes e aos fatos, consciente de seus deveres constitucionais, além de partes que realizem as provas necessárias ao deslinde do feito, possibilidade de as partes manifestarem-se nos autos e nas audiências, efetiva garantia do contraditório e ampla defesa, da isonomia em todos os seus termos, e dos demais princípios constitucionais.<sup>588</sup>

Para João Carlos Adalberto Zolandeck,

[...] o direito ao acesso à justiça é garantia constitucional, não postergável, não podendo deixar de ser observado, de forma que qualquer barreira deve ser desobstruída, garantindo-se o direito ao acesso à justiça. [...] Ao se falar em acesso à justiça, está a se falar em acesso à ordem jurídica justa, a qual está diretamente relacionada à tutela jurisdicional do Estado e também à perspectiva de Direito Processual Civil, notadamente na sua visão instrumental. Aliás, de nada adiantaria um processo instrumental se tal sistemática esbarrasse na consciência rígida e inflexível do juiz.<sup>589</sup>

O processo e o direito processual civil devem visar a uma *tutela jurisdicional justa*, que possibilite às partes a solução do conflito, facultando a quem tem o direito dele usufruir com dignidade e satisfação. Não pode o direito processual ser usado como *instrumento de manobra* por aquele que não possui o direito material, mas utiliza-se do processo para deixar de cumprir a lei, mediante a obtenção de uma decisão injusta no mundo dos fatos.

<sup>588</sup> Gustavo de Medeiros Melo, O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo, p. 693.

<sup>589</sup> João Carlos Adalberto Zolandeck, *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 32.

O processo deve ser visto e utilizado como *instrumento de realização do direito*, e não como instrumento de insatisfação e de injustiças.

Não há sentido, por exemplo, a norma constitucional prever o dever de sustento decorrente do poder familiar, dever de prestar alimentos entre pais e filhos, se a norma processual não possuir instrumentos que realizem no plano fático este preceito constitucional. Do mesmo modo, não basta a Constituição, em seu art. 5.º, XXXII, prever que o Estado promoverá a defesa do consumidor se, no caso de cometimento de atos ilícitos em face de consumidores vulneráveis, não forem regulamentados e facilitados de prova os alimentos indenizatórios devidos.

Portanto, o direito processual deve possuir meios de fazer valerem os direitos subjetivos material das partes, mediante institutos processuais e meios procedimentais indispensáveis à realização destes direitos.

Tais instrumentos são outorgados à lei pelo legislador e devem ser utilizados no caso concreto pelos órgãos do Poder Judiciário, a fim de fazer valer o direito subjetivo material lesionado ou em vias de ser lesionado.

Não basta a existência de normas de direito material que atendam às necessidades dos cidadãos. Necessário mais. Necessária a existência de normas processuais que possibilitem a aplicação do direito ao caso concreto levado a juízo, normas estas que devem ser redigidas e interpretadas de modo a propiciar a devida isonomia entre as partes do processo.

Deve-se superar a concepção do processo como algo neutro, e tão somente instrumental, para que se possa investigar o valor do justo e do injusto, relacionado com o produto da jurisdição.<sup>590</sup>

---

<sup>590</sup> Gustavo de Medeiros Melo, O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo, p. 690.

Nas palavras de Gustavo de Medeiros Melo, “o processo se tornou um instrumento ético de democratização das decisões do Estado, assumindo de vez a postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional que institui o Estado Democrático de Direito”.<sup>591</sup>

E complementa o autor dizendo que

[...] a dimensão do acesso à Justiça é muito maior do que se imagina. A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado Democrático de Direito.<sup>592-593</sup>

Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o processo deve ser estruturado levando-se em conta o permanente conflito entre os dois valores essenciais, o da segurança e o da efetividade, sempre contrapostos e em permanente diálogo”. No entanto, salienta o jurista que uma das finalidades precípua do processo, além de sua pacificação social, “consiste na efetiva realização do direito material, de modo a se alcançar a necessária justiça no caso concreto”. E prossegue dispondo que a instrumentalidade do processo “põe a descoberto a indispensabilidade do direito material para o direito processual, no sentido de que este último não teria razão de ser ou mesmo possibilidade de existir se não contasse com o direito material”. E assevera, ainda, que “a atividade jurisdicional gira em torno do direito material”.<sup>594</sup>

Com essas explicações, torna-se evidente a função do direito processual, qual seja *fazer emergir o direito material*, pacificando-se as relações sociais de modo justo e efetivo.

<sup>591</sup> Gustavo de Medeiros Melo, O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo, p. 684.

<sup>592</sup> Idem, ibidem, p. 690.

<sup>593</sup> Conforme extratos de decisão de relatoria do Min. Luiz Fux: “A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. Recurso especial provido” (1.ª Turma, REsp 771.616/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.08.2006).

<sup>594</sup> Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Direito material, processo e tutela jurisdicional, p. 771-772.

Com a evolução da teoria processualista no sentido acima exposto, de efetiva busca da justiça e da pacificação social, possibilitando-se o acesso a uma justiça eficaz, alguns papéis e princípios processuais, como a conduta e participação do magistrado na condução do processo, o dever de lealdade, de verdade, de cooperação das partes e de terceiros, a busca pela verdade real, foram reestruturados, adaptados aos dias atuais e aos contemporâneos anseios da sociedade.

Assim, um novo estudo sobre a prova e seus institutos afins, bem como sua finalidade processual, deve ser realizado com base nestes novos princípios constitucionais, na busca por um processo acessível, justo, eficaz e isonômico.

#### 4.1.1.3 *Solidariedade e cooperação*

A solidariedade é princípio de direito material aplicável às relações alimentares.

Segundo Maria Berenice Dias, solidariedade é o que cada um deve ao outro.

Este princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de 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.<sup>595-596</sup>

Além do Preâmbulo citado pela autora, o art. 3.º da Constituição Federal dispõe constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>595</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 64.

<sup>596</sup> Segundo dispõe o Preâmbulo Constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Os arts. 229 e 230 da Carta Maior também trazem dispositivos que prestigiam o princípio da solidariedade, ao disporem que 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, e que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.<sup>597</sup>

#### Para Rodrigo da Cunha Pereira, a obrigação alimentar

[...] é decorrente, também, do Princípio da Solidariedade, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, consoante o art. 3.º, I e III, da Constituição de 1988. Dada a relevância deste princípio para o Estado Democrático de Direito, ele foi transposto para o âmbito familiar, vez que reflete o atual “espírito” da família contemporânea. 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 jurisdicização do amparo recíproco entre os membros da família. Os alimentos constituem um exemplo desta concepção solidarista, da qual também é elucidada a diretriz principiológica adotada pelos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, que objetivam amparar aqueles que se encontram em situação peculiar de fragilidade, seja pela falta de discernimento e maturidade, seja pela velhice.<sup>598</sup>

Neste sentido, o art. 1.694 do Código Civil prevê que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Para Maria Berenice Dias, “a imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar”.<sup>599</sup>

<sup>597</sup> “Alimentos provisórios. Princípio da solidariedade familiar. Evidenciada a necessidade da alimentada em face de sua idade avançada e a possibilidade do alimentante de alcançar alimentos para sua genitora, revela-se imperiosa a fixação de alimentos provisórios, com fundamento no princípio da solidariedade. Inteligência do art. 1.696 do Código Civil. Agravo provido em parte” (segredo de justiça) (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 70020610580, Rel. Maria Berenice Dias, j. 29.08.2007).

<sup>598</sup> Rodrigo da Cunha Pereira, Teoria geral dos alimentos, p. 2.

<sup>599</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 64.

Também Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem ínsito ao direito de família o princípio da solidariedade, em especial tratando-se de alimentos. Para os autores,

[...] a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF, art. 3.º), norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social – como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana (CF, art. 1.º, III). Nessa linha de ideias, é fácil depreender que, comprometida em larga medida a concretização dos direitos econômicos e sociais afirmados pelo Pacto Social de 1988 de pessoas atingidas pelo desemprego ou pela diminuição da capacidade laborativa (*e.g.*, em adolescentes, em jovens ainda estudantes, em idosos, em deficientes, etc.), os alimentos cumprem a relevante função de garantir a própria manutenção de pessoas ligadas por vínculo de parentesco. Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz de nossa ordem jurídica.<sup>600</sup>

Na lição de Rizzatto Nunes,

[...] podemos definir solidariedade com uma dupla condição, que designa: a) relações concretamente concebidas, díspares nas condições reais de cada participante, mas ligadas por solidariedade entre si, com o todo, deste com eles, e também de cada situação individual na solidariedade com a relação e com o todo, e deste com aquela; b) todas elas: situações individuais, relações entre essas situações, ligações de ambas com o todo e deste com cada uma, geridas por um dever maior, como norma que imputa solidariedade a todos.<sup>601</sup>

No direito processual, podemos diagnosticar o conteúdo do princípio da solidariedade no *princípio da cooperação*, também denominado *princípio da colaboração*.

Por essa visão solidarista, o processo

[...] muito mais do que um simples mecanismo de composição de litígios, se configura como um instrumento de realização da justiça, no exato sentido em que isso representa. Ou seja, um meio do qual as partes se valem de forma a obterem tudo aquilo e precisamente aquilo que têm o direito de obter.<sup>602</sup>

<sup>600</sup> Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, *Direito das famílias*, p. 586.

<sup>601</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 86.

<sup>602</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 78.

A justa solução da lide e o acesso à ordem jurídica justa apenas serão alcançados quando houver real e intensa colaboração entre os sujeitos do processo em sua efetivação.<sup>603</sup>

Para Carolina Tupinambá, o princípio da cooperação

[...] expressa verdadeira integração entre o magistrado e as partes, para a elaboração do mais adequado provimento jurisdicional à causa controvertida. Destarte, essa simbiose implica, apesar dos interesses colidentes dos sujeitos parciais e da imparcialidade do juiz, um tipo de interesse comum a todos, que é a preocupação de resolver a causa da melhor maneira possível, almejando não só a estabilidade das relações jurídicas, como também a prevalência da justiça.<sup>604</sup>

Assim, por esse princípio, partes e julgador atuam *conjuntamente*, respeitando seus papéis processuais, na busca de uma solução justa e de efetividade à lide posta.

Segundo Daniel Mitidiero, em tese sobre o tema,

[...] o juiz do processo cooperativo é um juiz paritário na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: *paritário no diálogo, assimétrico na decisão*. Visa-se a alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.<sup>605</sup>

E complementa dizendo que “o processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana”.<sup>606</sup>

<sup>603</sup> Para Rogério Sampaio, trata-se da aplicação ao direito processual do princípio da boa-fé objetiva (*A atuação do juiz no direito processual civil moderno*, p. 120-128).

<sup>604</sup> Carolina Tupinambá, *Novas tendências de participação processual – o amicus curiae no anteprojeto do novo CPC*, p. 111.

<sup>605</sup> Daniel Mitidiero, *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, p. 49.

<sup>606</sup> Idem, *ibidem*, p. 71.

Assim, no Estado Constitucional atual, o direito fundamental ao processo justo implica direito à colaboração no processo civil,<sup>607</sup> uma vez que o princípio da cooperação no processo pressupõe efetiva *participação e diálogo* dos sujeitos processuais, características que devem pautar as partes e o juiz e os vínculos entre eles.

Deve-se propiciar a isonomia das partes e o efetivo contraditório para que possam realmente participar do processo e influenciar as decisões judiciais.

Tratando da participação das partes na condução e desdobramentos do processo, leciona Luiz Guilherme Marinoni que

[...] o processo é legitimado pela participação, desde que se elimine a coincidência da participação no processo com o contraditório. Em tal perspectiva é preciso atribuir à participação um raio mais amplo, que englobe a publicidade dos atos jurisdicionais e a sua devida fundamentação. Se o direito de participar é não só o direito de influir sobre o convencimento do juiz, mas também o direito de estar junto a ele ou de estar cuidando para que a atividade jurisdicional não seja arbitrária, é evidente que a participação requer a publicidade e a fundamentação, especialmente a fundamentação das decisões que consideram a lei diante dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é possível dizer que o processo requer um procedimento aberto à participação. Ou que o processo é o procedimento em contraditório que não dispensa a publicidade e a argumentação explicitada através da fundamentação. Apenas esta forma de participação é capaz de legitimar o processo.<sup>608</sup>

O processo civil atual, inclusive, prevê soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, a suspensão acordada do processo, as convenções sobre prova etc.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil já previa esta forma de atuação das partes, ao dispor que,

[...] posto que o processo civil seja, de sua índole, *eminente dialético*, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e

<sup>607</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *O projeto do CPC: críticas e propostas*, p. 72.

<sup>608</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, v. 1, p. 408-409.

realização da justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: *a)* expor os fatos em juízo conforme a verdade; *b)* proceder com lealdade e boa-fé; *c)* não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; *d)* não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

Neste sentido a elaboração de artigos como o art. 339, que dispõe que ninguém se exime do *dever de colaborar* com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.<sup>609</sup>

No tocante à instrução probatória, segundo William Santos Ferreira,

[...] esta fase deve ser vista como a busca *coletiva* pelo esclarecimento dos fatos, não devendo a preclusão para um sujeito significar, singelamente, a liberação do integrante do outro polo ou do próprio Estado-juiz, tudo erroneamente orientado pela leitura cômoda e temporalmente inconveniente do ônus da prova, estimuladora de posturas passivas, não colaboracionistas.<sup>610</sup>

Assim, as partes, bem como o juiz, devem atuar no processo como colaboradores na busca da verdade, agindo com lealdade, probidade e boa-fé, a fim de darem fiel cumprimento à ordem constitucional.<sup>611</sup>

E, mesmo que assim não pretendam agir as partes, tendo em vista seu anseio egoísta, natural aos seres humanos na busca de vantagens e na defesa de seus bens e direitos, é dever do magistrado prezar pela atenção a tais princípios no curso processual, por meio de

<sup>609</sup> Com esta mesma orientação, podemos citar outros artigos do Código de Processo Civil, como os arts. 340, 342, 345, 355, entre outros.

<sup>610</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 209.

<sup>611</sup> “Apelação cível. Ação de revisão de alimentos. Filho que atingiu a maioridade no curso da ação. Majoração da verba alimentar. Binômio possibilidade do alimentante/necessidade do alimentando. Litigância de má-fé. Verdade dos fatos alterada. Deslealdade processual. Condenação nas penalidades processuais. 1) O poder familiar cessa quando o filho atinge a maioridade civil, mas não desaparece o dever de solidariedade decorrente da relação parental. Se os filhos precisam de alimentos para garantir a frequência regular a estabelecimento de ensino, como complemento da sua educação, que é dever residual do poder familiar, está o pai obrigado a auxiliá-los. De ser mantida a majoração dos alimentos fixada na sentença, a fim de melhor atender às necessidades do alimentando, demonstradas as condições econômicas do alimentante. Inteligência do artigo 1.695 do Código Civil. 2) Compete aos litigantes agir com lealdade processual expondo, em juízo, os fatos conforme a verdade, assim não procedendo, configura-se a hipótese do art. 17, II, do CPC. Apelação cível e recurso adesivo desprovidos, de plano” (TJRS, 7.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70041136037, Rel. Jorge Luís Dall’Agnol, j. 21.09.2011).

uma postura ativa, na busca da verdade real, na distribuição dos ônus probatórios, na aplicação de multa pela má-fé na litigância e prática de atos atentatórios à dignidade da justiça, entre outras atuações positivas.

Na lição de Inés Lépori White, uma vez que o autor vai a juízo e expõe determinados fatos e situações, solicitando uma decisão judicial que reconheça seus alegados direitos, e o demandado, exercendo seu direito de contraditório, da mesma forma, requer do Judiciário uma decisão que reconheça seus alegados direitos, isso significa que ambas as partes igualmente requerem do Estado, mediante a atividade jurisdicional, o conhecimento e decisão sobre os fatos levados a juízo, que elas próprias foram incapazes de solucionar. Entretanto, toda vez que alguém se atribui o caráter de parte processual, não é somente para fazer uso de seus direitos, mas também para assumir determinados deveres, dentre eles o de conduzir o processo com lealdade, probidade e boa-fé, colaborando, inclusive, com toda a matéria de prova, para que o juiz possa alcançar a verdade.<sup>612</sup>

Por outro lado, complementa a autora dizendo que o juiz exerce sua função representando o Estado que o designou, em virtude de a sociedade dele necessitar para manter a ordem jurídica e solucionar seus conflitos individuais. Assim, a função dos magistrados não se traduz somente na manutenção da ordem, mas também na obrigação de manter a isonomia no processo, de modo que os mais fracos não sufraguem apenas por sua condição.<sup>613</sup>

Portanto, conjugando-se harmonicamente os deveres do juiz e a conduta das partes acima expostos, temos, processualmente, os delineamentos do princípio da cooperação ou colaboração.

#### *4.1.2 Mudança de paradigmas*

Na lição de Rodrigo Xavier Leonardo, “a noção de prova, bem como as regras que determinam a imposição e inversão do ônus da prova no processo, reflete esco-

<sup>612</sup> Inés Lépori White, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 67.

<sup>613</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 67-68.

lhas sobre justiça, verdade, fé e tantos outros axiomas com os quais o direito lida cotidianamente”.<sup>614</sup>

O vigente Código de Processo Civil data da década de 70, período de difícil situação política e de bases democráticas insólidas.

Foi após a criação do “atual” Código de Processo Civil que a sociedade brasileira retornou à democracia plena, impulsionando tal desenvolvimento a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficando o Código Instrumental ultrapassado e com bases históricas e principiológicas divergentes das atuais.

Entretanto, não podemos deixar de analisar o Código de Processo Civil, e de aplicá-lo, segundo a atual principiológica democrática, nos termos da Constituição Federal de 1988, mesmo tendo sido ele elaborado em épocas anteriores.

É certo que as leis processuais ainda vigentes atualmente foram concebidas a partir de uma ideologia liberal-individualista, de caráter dispositivo, em que a parte não possuía o dever jurídico de dizer a verdade, de contribuir para a busca da verdade real etc., em que uma distribuição apriorística, estática e imutável do ônus probatório fazia todo o sentido.<sup>615</sup>

Isso ocorre porque, conforme entendimento de Suzana Santi Cremasco,

[...] dentro do contexto do processo de cunho liberal, não há qualquer preocupação dos operadores do direito com nada além daquilo que foi efetivamente posto pelas partes nos autos, tanto no tocante a questões de fato quanto à sua prova. Tampouco receio de quais impactos a decisão

<sup>614</sup> Rodrigo Xavier Leonardo, *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 13.

<sup>615</sup> Para Rodrigo Xavier Leonardo, “a ideia de que incumbe ao autor provar primeiro os fatos afirmados – para, apenas em um segundo momento, tal ônus recair sobre o réu –, serviu como uma luva para os princípios liberais, pois a um só tempo: a) promovia a preservação da liberdade das partes (no processo), já que não existiria uma obrigação de provar, devendo a instrução do processo respeitar a intangível liberdade dos indivíduos; b) adequava-se à igualdade formal, vez que, se todos são iguais, para surtir efeito qualquer afirmação de um sujeito perante o outro, primeiramente este tem que provar a veracidade de sua afirmação, sendo que apenas a partir desta prova surgiria a necessidade de contraprova da outra parte” (*Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 91).

que vier a ser proferida é passível de provocar, mormente, no mundo real, já que os limites da atuação do processo se exaurem com o fim da atividade jurisdicional. Quando, porém, os processualistas e, sobretudo, os jurisdicionados não mais se contentam com esta visão, que não atenta para o aspecto dinâmico do processo, que se esquece da natureza da prova e do seu papel no direito processual, que não se preocupa com a justiça e a equidade nas decisões, na qual muitas vezes se ganha pela astúcia e se perde pela desídia [...], torna-se necessário mudar de ideologia, de foco, de princípio, de orientação.<sup>616</sup>

A ideologia liberal e de caráter dispositivo, em oposição às ideias totalitárias que até então vigiam, prega a liberdade, em que a doutrina de Chiovenda, na qual o autor prova os fatos constitutivos de seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste, e apenas isso, sempre desta maneira, faz todo o sentido.

No entanto, contemporaneamente encontra-se superada tal ideologia, visto que vigentes princípios como o da solidariedade, da isonomia, da comunhão das provas, da efetividade, da justiça das decisões, da colaboração entre as partes processuais, entre outros, o que torna ultrapassadas regras estáticas concebidas na vigência de concepções outras.<sup>617</sup>

Sérgio Porto, ao tratar do tema, esclarece que,

[...] efetivamente, na tutela coletiva, por exemplo (o Código de Processo Civil), já não oferece soluções adequadas para a totalidade dos conflitos coetâneos. Aliás, de resto, hoje, até mesmo, já não oferece conforto absoluto

<sup>616</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 77-78.

<sup>617</sup> Interessante digressão faz Inés Lépori White ao dizer que a doutrina processual, com seus dogmas e construções jurídicas tão célebres e aplaudidas ao longo de um século, se esqueceu de várias coisas, que resultaram na insuficiência das soluções propostas no que o tema sobre os ônus probatórios se referem. Em primeiro lugar, se esqueceu da “dinâmica”. Para a autora, a doutrina processual se apaixonou de tal maneira por suas obras, que preferiu vê-las sós e isoladas das matérias sobre as quais iriam ser aplicadas; assim, esqueceu-se dos fatos. Em segundo lugar, esqueceu-se da real natureza da prova e do fato indiscutível de que esta se encontra dispersa por todo o direito, em especial o direito material. Em terceiro lugar, esqueceu-se também de olhar para fora. Pretendeu-se compreender a disciplina de dentro dela mesma, isolada, em vez de fazê-lo em comunhão. Construíram-se, assim, dogmas lógicos, mas, em alguns casos, apartados da realidade, ou de difícil ou impossível aplicação a esta. Em quarto lugar, esqueceu-se da justiça. A doutrina se ocupou tanto de resguardar e proteger o bem denominado *liberdade*, em todas as suas formas e expressões, que se esqueceu que muitas vezes este ideal não é alcançado quando as partes que são por ele beneficiadas não se encontram em igualdade de condições. Esqueceu-se que o livre, lógico, razoável e mesmo o direito podem não ser equitativos. E esqueceu-se de acompanhar as mudanças pelas quais o direito substantivo passou durante os últimos cem anos. Inés Lépori White, *Cargas probatorias dinâmicas*, p. 64-65.

para a solução dos conflitos clássicos, ou seja, aqueles intersubjetivos individuais, vez que lá se vão mais de trinta anos de sua vigência.<sup>618</sup>

Para o citado autor, o processo civil atual sofre de uma crise de eficiência.<sup>619</sup>

#### 4.1.3 *A instrução probatória e a busca da verdade – a necessidade da inversão dos ônus probatórios*

É certo que o Estado tem o dever de tutelar, por meio da jurisdição, os direitos fundamentais de seus cidadãos, devendo criar estruturas procedimentais aptas a proporcionar o cumprimento de tal dever. E, quando dizemos “Estado”, incluímos não só o legislador, mas também os aplicadores do direito, em especial os magistrados, que não podem, na omissão legal, permitir a violação de direitos fundamentais, apenas e tão somente porque o legislador deixou de cumprir com o seu dever.<sup>620</sup>

*A ausência de lei* não pode justificar a *omissão judicial*. Caso fossem preciso apenas leis a fim de criar e garantir uma ordem jurídica justa, desnecessária seria a presença de magistrados para analisar e decidir lides, uma vez que estas restariam automaticamente decididas pela legislação.

Mesmo na vigência de legislação específica, deve o julgador verificar, ante o caso concreto, sua coerência com o texto e princípios constitucionais, adaptando-a, se o caso. Ao legislar, é impossível prever todos os fatos. Sendo a norma geral e abstrata, deve ser adaptada a cada caso concreto pelo julgador, que tem por obrigação criar soluções para aquele caso em específico, a fim de atingir a pacificação social.

Para Sérgio Porto,

<sup>618</sup> Sérgio Gilberto Porto, A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, p. 180.

<sup>619</sup> Idem, ibidem, p. 179.

<sup>620</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 108.

[...] em face da ausência de regra processual ou inadequação desta à natureza do direito posto em causa e à qualidade da parte, está o juízo autorizado a buscar eficiência para o processo, aos efeitos de tornar a jurisdição útil e efetiva, pela via da disciplina especial do caso, criando, verdadeiramente, direito processual *in concreto*, tudo desde que respeitado sempre o devido processo legal substancial, representado pela prevalência das garantias constitucionais-processuais – expressas ou implícitas – consagradas na Carta Magna. Dito de outro modo, na ausência de disciplina processual própria ou inadequação desta, diante da natureza do direito posto em causa ou na qualidade da parte, está o juízo, em face da função criativa (inerente a seu ofício), autorizado a estabelecer disciplina processual concreta, desde que respeitadas as garantias constitucionais-processuais integrantes da ordem jurídica constitucional.<sup>621</sup>

É certo que, conforme ensina Michele Taruffo, a norma jurídica possui uma estrutura condicional, na medida em que prevê uma determinada consequência jurídica quando da ocorrência do fato previsto na norma. Assim, resume que, se se supõe que as normas possuem uma estrutura do tipo “se F (fato), então C (consequência)”, parece evidente que nenhuma norma pode ser corretamente aplicada senão quando se haja estabelecido F, é dizer, quando o fato resulte de uma determinação de alguma forma verdadeira. Logo, não se aplicará corretamente e com justiça a norma se o fato não restar comprovado.<sup>622</sup>

Na lição de Suzana Santi Cremasco,

[...] nenhuma decisão escorada na verificação deficiente – porque tendenciosa, precária ou incorreta – dos fatos nos quais se funda a ação pode ser reputada como justa ou em consonância com a nova tônica do processo. E não pode porque afastada da apuração e da constatação da verdade que, hoje se sabe, são requisitos essenciais, *conditio sine qua non*, para a obtenção de um resultado correto e efetivo.<sup>623</sup>

E completa a autora:

[...] desse modo, nos dias atuais, mais do que nunca, as provas adquirem uma importância crucial dentro do processo, não só porque balizarão, como outrora já ocorria, a decisão do juiz, mas porque essa decisão deverá ser, necessariamente, adequada à verdade dos fatos, porquanto só assim

<sup>621</sup> Sérgio Gilberto Porto, A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, p. 189.

<sup>622</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, p. 67.

<sup>623</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 14.

estará apta a provocar alterações concretas no mundo real. Não o fazendo, acaba-se por provocar a frustração e a descrença do jurisdicionado com a atividade jurisdicional, o processo e a realização da justiça, o que, em médio e longo prazo, traz impactos sociais e políticos gravíssimos.<sup>624</sup>

Analisando-se o processo sobre este prisma, é certo que a disciplina do ônus da prova trazida pelo art. 333 do Código de Processo Civil não é suficiente para atingir os *novos anseios sociais*, em especial a busca por uma participação mais ativa do juiz no processo, o dever de lealdade e colaboração entre as partes e a busca pela verdade real para a aplicação da norma com justiça.

[E] o é porque o regramento estabelecido pelo legislador para predeterminar a quem toca o encargo de provar vale-se de critérios apriorísticos de política legislativa que não só desconhece, como não tomam em consideração – porque, a toda evidência, não tem como tomar – as particularidades e as especificidades de cada caso concreto. Vale dizer: não levam em conta as condições sociais, econômicas e culturais das partes, o conteúdo da controvérsia e o tipo de litígio existente, a modalidade de prova a ser produzida, o objeto a ser provado e mesmo a possibilidade prática ou não de a parte realizar a prova demandada, todos eles elementos de fundamental importância para a determinação adequada do *munus*. Ou seja, não têm em consideração um fator essencial: a capacidade e aptidão da parte a qual se impõe o ônus de provar para efetivamente observá-lo.<sup>625</sup>

Soma-se a isso a comodidade que a lei propõe àquele que possui meios de produzir a prova, porém, por ser a ele prejudicial e não possuir o ônus específico de sua formulação, opta por permanecer inerte, na busca por uma decisão injusta.<sup>626</sup>

E sabe-se que, sem a correta e completa instrução probatória, não pode o julgador dizer o direito de forma justa e efetiva, visto não poder chegar à conclusão de como ocorreram realmente os fatos.

<sup>624</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 14.

<sup>625</sup> Idem, *ibidem*, p. 15.

<sup>626</sup> Toma-se como exemplo o réu em ação de investigação de paternidade que não se apresentava em exame pericial, de modo a não produzir tal prova e deixar, sob o ônus do autor, a prova da paternidade alegada, não atingida por meio do exame de DNA, impossibilitado pela ausência paterna. Ante a insuficiência de provas, o processo era julgado improcedente. Tal situação apenas modificou-se quando a jurisprudência passou a reconhecer a presunção de paternidade daquele que, intimado, não comparecia, sem motivo justificado, ao exame pericial designado. Após, esta inovação jurisprudencial foi positivada – art. 232 do Código Civil.

Conforme entende José Carlos Barbosa Moreira,

[...] com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios. Quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar.<sup>627</sup>

Ensina Francesco Carnelutti que existe diferença entre o significado corrente e o significado jurídico da palavra “prova”. Para ele, em linguagem corrente, provar é demonstrar a verdade de uma proposição afirmada. No entanto, em sentido jurídico, provar é determinar ou fixar formalmente os fatos mediante procedimentos determinados.<sup>628</sup>

Portanto, o autor faz clara diferenciação entre a verdade material (também chamada de *real*) e a verdade formal, visto que, conforme João Batista Lopes, “o importante não é a aplicação formal da lei, mas a realização efetiva da justiça”.<sup>629</sup>

Para ele, a *verdade formal* é uma *não verdade*, posto que verdade não pode existir mais do que uma.<sup>630</sup>

Explica, concluindo, que à medida que se passa do campo da prova livre para o da prova legal, sacrificando-se a necessidade de justiça e de certeza, crescem a probabilidade de desvios entre a realidade do direito e o resultado do processo, que é uma das manifestações mais graves da humana imperfeição do direito em si.<sup>631</sup>

Para Gustavo de Medeiros Melo,

[...] a verdade formal significa oficializar a indiferença, um estado de acomodação perante aquilo que se encontra no papel, mas que não retrata

<sup>627</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *Alguns problemas atuais da prova civil*, p. 145-146.

<sup>628</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 43.

<sup>629</sup> João Batista Lopes, *Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional*, p. 25.

<sup>630</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, p. 52.

<sup>631</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 216.

necessariamente o fenômeno do mundo empírico. Quando o legislador dispara o comando de que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a *verdade* dos fatos (CPC, art. 332); que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da *verdade* (CPC, art. 339); que o Ministério Público, como fiscal da lei, poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da *verdade* (CPC, art. 83, II), tudo isso só pode ser considerado no sentido de máxima correspondência com a realidade dos fatos.<sup>632-633</sup>

Interessante digressão sobre o tema, relacionando-o à teoria geral da prova, faz Paulo Zaneti. Para ele, o conceito de prova está intimamente ligado à perquirição e busca da verdade real. Assim, deve o julgador utilizar-se também de seus poderes instrutórios para aproximar-se de tal verdade, a fim de prestar a tutela jurisdicional perseguida e se, para tanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova for medida facilitadora, deve o magistrado adotá-la.<sup>634</sup>

Da mesma forma, quanto à finalidade da prova, entende o autor, como nós, que, tendo o julgador como seu destinatário imediato, a finalidade da prova é convencê-lo do alegado. Se o próprio magistrado puder utilizar de mecanismos para atuar em seu convencimento, na busca de uma solução justa, deverá fazê-lo, e não esperar que somente as partes, por vezes com absoluta impossibilidade, produzam tal prova.<sup>635</sup>

<sup>632</sup> Gustavo de Medeiros Melo, O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo, p. 699.

<sup>633</sup> Neste mesmo sentido, Juan Alberto Rambaldo, para quem “parece de uma lógica irrefutável para qualquer pessoa com sentido comum que um magistrado não pode privar que uma fonte de prova chegue ao processo quando tiver em suas mãos os elementos para fazer surgir à luz dos fatos da realidade, tampouco pode deixar de valorar as circunstâncias em que se encontravam cada parte quanto à sua capacidade real e concreta de prover sua produção, baseando-se em uma rígida (estática) concepção das regras dos ônus da prova. A decisão judicial que caía neste processo somente estará sustentada sobre o dogma da *verdade formal*. Esta atitude do órgão de jurisdição (do Estado) não só é moralmente reprovável, mas corresponde a um uso absolutamente irregular das normas processuais, que seguramente violentará o princípio da congruência e conduzirá necessariamente a uma decisão profundamente injusta e atentatória à essência da função judicial” (tradução livre). Juan Alberto Rambaldo, Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico, p. 31.

<sup>634</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 149.

<sup>635</sup> Ainda, o autor faz uma explicação da importância da teoria em estudo para a questão das provas ilícitas: “quanto à prova ilícita, especificamente no caso daqueles que se filiam à corrente obstativa (aquela que proíbe a utilização da prova ilícita em qualquer hipótese, independentemente da relevância do direito a ser tutelado), a teoria da carga dinâmica da prova apresenta-se, a nosso ver, como interessante solução à parte que só teria como provar seu direito ilicitamente, ficando à mercê da corrente doutrinária adotada pelo juízo acerca da possibilidade, ou não, da utilização de provas ilícitas. Melhor seria o magistrado, nesses casos, possibilitar à parte o exercício de seu direito mediante a adoção da teoria da carga dinâmica da prova, utilizando-se o juiz, para tanto, de seus poderes instrutórios conferidos pelo art. 130 do CPC, para

Ivana María Airasca, ao defender a aplicação da doutrina da carga probatória dinâmica, acima estudada, explica que

[...] a não aplicação desta doutrina levaria a resultados evidentemente injustos. A não aplicação desta doutrina pelo julgador naqueles casos em que seja necessário por sua especial natureza, pelos fatos a serem provados, pela situação das partes, pela matéria em debate, o transforma, mesmo sem querer, em uma espécie de “cúmplice” desta injustiça.<sup>636</sup>

Por isso que a prova e o modo como se dá sua formação no processo são *instrumentos de efetivação da justiça e de obtenção de pacificação social*. Sem ela, não se chega à solução correta da lide por falta de elementos, o que, por obrigação, ante a regra do *non liquet*, resultará em que o julgador profira uma sentença desfavorável a quem possuía o ônus estático e pré-distribuído da prova e dele não se desincumbiu, embora, em realidade, teria o magistrado a vontade intrínseca de não julgar, não decidir, por ausência de elementos que embasassem sua decisão, de modo a fazê-la justa.

Ocorre, porém, que a prova decisiva à busca da verdade e ao embasamento da decisão justa pode existir, apenas não pode ser alcançada por quem a lei a impõe.

Assim, pergunta-se, seria mais justo e correto o apego ao formalismo, às regras positivadas, abstratas, estáticas, à pretensa segurança jurídica, ou a dinamização do processo, distribuindo-se de maneira inovadora os ônus probatórios, de modo a se chegar a um arcabouço probatório farto, esclarecedor, e, logo, a uma decisão consentânea com os fatos? O que gera maior *segurança jurídica*, o formalismo conservador e fiel observância às leis, ou a grande probabilidade de, ao movimentar-se a máquina judiciária, obtermos uma decisão eficaz, que coloque fim à lide por meio da pacificação e justiça social?<sup>637</sup>

---

equilibrar a relação processual e retirar possível caráter ‘lotérico’ da demanda”. Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 149.

<sup>636</sup> Ivana María Airasca, *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, p. 138 (tradução livre).

<sup>637</sup> Para João Carlos Adalberto Zolandeck, “a forma não deve ser mais importante que a substância, e por isso são necessários procedimentos informais, pois que o formalismo exagerado sempre é obstáculo ao amplo acesso à justiça. Nota-se que o formalismo exacerbado pode ser obstáculo à ordem jurídica justa, tanto no referente acesso à justiça como frente ao próprio resultado da tutela jurisdicional do Estado” (*Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 34).

Caso assim não ocorra, os cidadãos a quem o Judiciário serve e em função de quem existe, mesmos certos de que possuem o direito, porém cientes de que não têm aptidão para a realização das provas necessárias a sua comprovação, quer por insuficiência econômica, social, cultural, quer por total inacessibilidade a estas provas, deixarão de buscar o Judiciário e, de duas uma, ou terão seu direito prejudicado, lesionado, sem que possam contra isto lutar, ou farão sua justiça pelas próprias mãos.<sup>638</sup>

Conforme Suzana Santi Cremasco,

[...] num momento em que o direito processual e o processo voltam a sua atenção para a qualidade da tutela jurisdicional que está sendo prestada – com vistas a permitir que ela outorgue o direito a quem realmente o tem – e o processo começa a se portar como instrumento de realização da justiça, torna-se indispensável criar mecanismos novos, ou, ainda, revisitar e ajustar os mecanismos antigos, de forma a adequá-los a essa nova realidade e fazer com que possam contribuir para a obtenção desses escopos. Se é por meio da prova que o juiz conhece a verdade, pode modelar a realidade e formar o seu convencimento de modo a proferir uma decisão justa e se é no conjunto probatório que se apresenta no processo que o juiz deve, necessariamente, respaldar a sua convicção, nada como criar meios que facilitem a obtenção e a vinda dos elementos probatórios nos autos.<sup>639</sup>

Também para Artur Carpes,

[...] a partir do momento em que se percebe que o direito serve à vida e que a lei é insuficiente para prever e regular todos os seus conflituosos contornos, abre-se espaço para uma concepção mais fluida de direito, baseada na convivência entre a noção de sistema e da atenção para o problema considerado em concreto. O ajustamento do direito – especialmente do direito processual – à vida, envolve maior participação e responsabilidade do juiz que, ao lado das partes e visualizando as circunstâncias concretas do caso levado a sua atenção, compreenderá, interpretará e aplicará o direito. Direito que, convém sempre lembrar, é muito mais amplo do que a lei.<sup>640</sup>

É certo que, no Estado Constitucional Democrático de Direito, inconcebível que uma regra processual de distribuição dos ônus probatórios viole direta ou reflexamente direi-

<sup>638</sup> Para Rodrigo Xavier Leonardo, “regras de distribuição antecipada do ônus da prova podem, por exemplo, inviabilizar o direito de ação, quando o requerido detém em suas mãos todas as possibilidades probatórias” (*Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 66).

<sup>639</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 80-81.

<sup>640</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 72-73.

tos fundamentais dos cidadãos. Conforme lição de Artur Carpes, já citado, não se pode admitir que a ausência de norma dinâmica para a distribuição dos ônus da prova possa significar a degradação do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.<sup>641</sup>

E mais, o problema analisado no presente trabalho é de mais fácil solução se comparado a outras desigualdades materiais, pois, no caso, não se verifica total ausência de lei permissiva da inversão dos ônus probatórios, visto ser possível extrair do sistema, por meio do Código de Defesa do Consumidor, esta inversão, em razão da similitude de requisitos entre os fatos que ensejam a aplicação dos dispositivos legais, em especial as características da vulnerabilidade e hipossuficiência, como abaixo será mais bem estudado.

#### 4.1.4 Probatio diabolica

Impor à parte um *ônus impossível* de ser cumprido é o mesmo que vedar o seu acesso à justiça, ou mais, a uma ordem jurídica justa.

Assim é que a doutrina consentânea com a dinamização dos ônus probatórios faz um estudo sobre a *probatio diabolica*, vinculando-a não apenas à impossibilidade da produção de provas de fatos negativos, mas também em face da “condição de hipossuficiência da parte onerada, em face das peculiaridades da controvérsia posta em causa ou, ainda, simplesmente em face de sua distância quanto ao material probatório”.<sup>642</sup>

Pode-se falar em prova diabólica quando é extremamente difícil, ou até mesmo impossível, a realização da prova por aquele a quem incumbe seu ônus legal. É certo que a prova não será realizada, por total impossibilidade, porém, mesmo assim, a parte que não se desincumbiu de seu ônus, por não poder fazê-lo, arcará com os riscos e com os prejuízos da ausência da prova.

<sup>641</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 109.

<sup>642</sup> Idem, *ibidem*, p. 91.

Para Artur Carpes,

[...] a *probatio diabolica*, entendida como *extrema dificuldade ou impossibilidade na produção da prova*, implica vedação do direito fundamental à prova, podendo tal situação resultar de inconstitucional distribuição dos ônus probatórios, especialmente quando a contraparte possui melhores condições de ofertá-la ao processo. Importa salientar: a *probatio diabolica* apenas existe porque a parte onerada pela distribuição ordinária não se revela ajustada às peculiaridades do caso concreto.<sup>643\_644</sup>

Assim, nestes casos, constitui dever do magistrado dinamizar o ônus da prova, adequando-o à situação concreta, de modo a preservar o direito fundamental das partes à prova, bem como a uma ordem jurídica justa e isonômica.

Por estas razões, o direito já vem realizando alterações na temática de distribuição do ônus da prova, como é o caso do Direito do Consumidor, acima estudado, bem como nos demais casos em que está sendo aplicada a dinamização dos ônus probatórios (ver item 3.3.3).

#### 4.1.5 Necessidade da inversão do ônus da prova nas ações de alimentos

É sabido que a maior das razões para a existência da inversão do ônus da prova no direito do consumidor é a verificação de que o consumidor é parte *vulnerável* da relação de consumo travada com o fornecedor; assim, deve ser tratado de maneira *diferenciada*, de modo a garantir a igualdade processual e substancial.

<sup>643</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 93.

<sup>644</sup> Conforme jurisprudência dominante: “Apelação cível. Código de Defesa do Consumidor. Ação de consignação em pagamento. Brasil Telecom. Inserção, na fatura telefônica, de chamadas ditas não efetuadas pela parte autora. Verossimilhança e hipossuficiência configuradas. Prova diabólica. Inversão do *onus probandi* concedida. Vislumbrada a verossimilhança nas alegações do autor, bem como sua hipossuficiência relação à apelante questões a serem analisadas caso a caso é de ser atribuído o ônus da prova à empresa fornecedora do serviço de telefonia, exigindo-lhe a coleta de evidências hábeis a respaldar, comprovadamente, a legitimidade da conta telefônica emitida. Ela se aplica nos casos em que o consumidor não pode provar porque a prova ou os meios para sua realização estão à disposição da parte contrária. Sentença desconstituída, de ofício. Unânime” (TJRS, 18.<sup>a</sup> Câmara Cível, Apelação Cível 70013362561, Rel. Mario Rocha Lopes Filho, j. 01.12.2005).

Para Eduardo Cambi,

[...] o intuito é tutelar os direitos do consumidor, conferindo-lhe paridade de armas perante o fornecedor. Isso se explica uma vez que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, pois, geralmente, não dispõe do acesso às informações e aos elementos técnicos do produto ou serviço, enquanto, por outro lado, o fornecedor detém esses dados, encontrando-se em melhor posição para fornecê-los ao juiz.<sup>645</sup>

No entanto, é certo que tais dificuldades podem ser verificadas nos mais variados tipos de situações. Em qualquer relação jurídica pode haver desigualdades, não só naquelas oriundas das relações de consumo.

E é sabido que a *desigualdade* do direito material transpassa o direito processual.

Segundo Érico de Pina Cabral,

[...] como o processo civil é instrumento de efetividade e tutela do direito material, não se pode conceber que os litígios que têm origem numa relação jurídica substancial, não tragam para o processo essa desigualdade das partes. [...] A desigualdade das partes na relação de direito material se reflete na relação processual, especificamente, na incapacidade da parte débil (hipossuficiente) de produzir as provas dos fatos que são pressupostos fáticos e constitutivos dos seus direitos. Cabe ao juiz verificar, mesmo nas relações processuais comuns, se esta desigualdade material não irá refletir na dificuldade de produção das provas constitutivas do direito do mais fraco.<sup>646</sup>

Temos como exemplo desta desigualdade material que transpassa a relação jurídica processual as ações de alimentos, que envolvem o alimentando, em geral pessoa necessitada, que depende da prestação alimentícia para sua subsistência, e o alimentante, que, em regra, possui recursos maiores que os do alimentando.

Aqui também observamos uma relação de desigualdade material transposta ao processo, bem como a característica de vulnerabilidade de uma das partes.

<sup>645</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 412.

<sup>646</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 442.

Se verificamos as *mesmas características* em ambas as relações de direito material, por que realizar diferenciações na relação processual? Se o consumidor deve ter facilitada sua defesa, em razão de sua vulnerabilidade, por que não transpor esta *mesma facilidade* ao alimentando, também vulnerável?

Como ensina Érico de Pina Cabral,

[...] ao criar mecanismos de inversão do ônus da prova, o legislador tem, entre vários objetivos, o de facilitar a produção das provas essenciais para o processo, em favor da parte débil da relação jurídica. Trata-se de considerar a dificuldade natural ou quase impossibilidade que tem a parte onerada pela regra geral de distribuição do ônus da prova de provar determinado fato. Presume o legislador que a produção desta prova pela outra parte seria relativamente mais fácil.<sup>647</sup>

E mais, é certo que a vulnerabilidade apresentada pelo alimentando é ainda mais abrangente e importante, visto que, em geral, trata-se de pessoa *totalmente dependente* da prestação alimentícia para suas necessidades mais básicas de alimentação, moradia, saúde, educação etc. O alimentando depende do alimentante para *sobreviver dignamente*.

Entretanto, encontramos no processo civil atual, em especial nas regras estáticas sobre o ônus da prova, barreiras, às vezes intransponíveis, à obtenção do direito pelo demandante necessitado, mostrando-se necessária a aplicação de medidas alternativas e criativas à resolução destes conflitos, de modo a efetivamente garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

Como acima já estudado, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito.

Trata-se de opção legislativa pelo princípio de que o ônus da prova dos fatos incumbe a quem os alega.

---

<sup>647</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 364.

Ocorre que acirradas críticas podem ser lançadas quanto à adoção desta regra nas chamadas ações alimentares em específico (assim entendidas todas aquelas que possuam pedido de alimentos, mesmo que cumulados com outros objetivos, como o reconhecimento e dissolução da união estável, o divórcio, a investigação de paternidade, alimentos decorrentes da prática de atos ilícitos, entre outros), além das críticas gerais durante todo este estudo apontadas.

Dentre estas críticas podemos destacar aquela que discute sobre a *exigência* que recai ao autor da ação (aquele que pede alimentos) ter de provar que o réu (em face do qual os alimentos são pedidos) é capaz de prestar o valor postulado.

Assume especial relevância o fato de que esta regra acirra ainda mais uma desigualdade já presente no plano concreto entre os envolvidos.

Reconhecida a desigualdade na relação fática, desigualdade esta sempre trasladada ao processo e que dificulta, ou até mesmo impossibilita, a completa, correta e eficaz instrução processual, em seu sentido mais amplo, de rigor que o aplicador do direito, utilizando-se das normas legais disponíveis, supra tais disparidades, concretizando o princípio constitucional da *isonomia*.

Caso assim não o faça, teremos como resultado uma decisão injusta, que não reflete o direito material em litígio, gerando descrédito do Poder Judiciário e um acesso inefetivo à justiça real e a uma ordem jurídica justa.

O processo deve ser visto e utilizado como *instrumento de realização do direito*, e não como instrumento de insatisfação e de injustiças.

É óbvio que aquele que pede alimentos o faz por estar em situação de necessidade, em um plano flagrantemente inferior, pois, ao daquele em face do qual são pedidos os alimentos. Desse modo, transferir àquele que postula a prestação alimentícia o ônus de

provar que o alimentante é capaz de lhe prestar o valor postulado constitui um gravame à situação, ou seja, piora ainda mais a relação de inferioridade do alimentando.

Obrigar esta parte vulnerável, hipossuficiente, a produzir determinada prova a ela de extrema dificuldade ou mesmo impossível é retirar-lhe a *paridade de armas* no processo, afrontando-se o princípio constitucional da isonomia, do contraditório, e negando-lhe o acesso à tutela jurisdicional e à ordem jurídica justa.

É de conhecimento geral que aquele que está sendo acionado, ou na iminência de ser acionado em um pedido de alimentos, faz o que pode para esconder sua real situação econômica e transparecer uma falsa realidade segundo a qual seus rendimentos são bem inferiores ao que realmente auferi.

Para Rolf Madaleno, pode ocorrer de que “por estar justamente respondendo a processo judicial de alimentos o devedor abandone deliberadamente seu emprego, ou crie situações fáticas que não refletem seu verdadeiro e usual potencial de trabalho ou que escondem sua efetiva remuneração”.<sup>648</sup>

Provar os ganhos do alimentante em um processo judicial não constitui tarefa fácil. Em inúmeros casos o alimentante trabalha como *autônomo*, *profissional liberal*, de forma que se tem por *impossível* que um terceiro venha a provar seus ganhos, tratando-se, assim, de autêntica *prova diabólica*. De outro lado, ainda que o alimentante trabalhe devidamente empregado, não são raros os casos em que vem a receber rendimentos superiores ao constante na carteira de trabalho ou folha de pagamento, ou, ainda, em que acumula outro trabalho, formal ou informal, com significativa sobrelevação da renda, sem que isso venha a ser possível ao conhecimento do alimentando.

Nesse contexto, constitui enorme fardo ao alimentando, na maioria das vezes menor incapaz, idoso, pessoa vulnerável, e reconhecidamente a parte mais fraca da relação

---

<sup>648</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 943.

processual, ter de demonstrar em juízo as condições econômicas do alimentante para que possa vir a receber uma justa pensão alimentícia.

Não há sentido a norma constitucional prever o dever de sustento decorrente do poder familiar, dever de prestar alimentos entre pais e filhos, parentes, cônjuges e companheiros, ou seja, dever de solidariedade familiar, se a norma processual não possuir instrumentos que realizem no plano fático este preceito constitucional.

O direito processual deve possuir meios de fazer valerem os *direitos subjetivos materiais* das partes, mediante institutos processuais e meios procedimentais indispensáveis à realização destes direitos.

Assim, há de considerar a necessidade da adoção da chamada “*inversão do ônus da prova*” nas ações alimentares.

Deve ser adotado, pois, o entendimento de que o ônus da prova das possibilidades do alimentante-réu, quando a discussão recaia sobre pensão alimentícia, é da pessoa obrigada a pagar os alimentos, pois aquele que os recebe, na maioria das vezes, não tem condições de demonstrar qual a real condição financeira do alimentante.

Esta é a conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por seu Enunciado 37, que dispõe o seguinte: “em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”.

Nesse sentido, invoca-se ainda a pertinente e esclarecedora lição de Maria Berenice Dias:

Vem se consolidando o entendimento de que, nas demandas alimentárias, se inverte a divisão tarifada 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 2.º): o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de 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. O autor, caso ainda não atingida a maioridade civil, não necessita sequer provar suas necessidades, pois essas são presumidas. Transfere-se ao réu o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, ou seja, de que eventualmente não necessita do quanto alega. Também é do alimentante o encargo de provar seus rendimentos, eis não dispor o alimentando de acesso a tais dados, porquanto gozam de sigilo e integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CF 5.º X). Omitindo-se em trazer tais dados, desatende o réu ao dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma devassa em sua vida econômico-financeira.<sup>649</sup>

Deve, pois, ser do alimentante a incumbência de demonstrar se, de fato, é capaz ou não de suportar o valor dos alimentos conforme postulado pelo alimentando.

Conforme ensina Paulo Rogério Zaneti, deve-se “garantir de forma igualitária às partes efetivo e real acesso à Justiça, mediante a adoção de mecanismos e teorias que facilitem e possibilitem a demonstração de seus direitos em juízo, possibilitando-se, destarte, o justo processo”.<sup>650</sup>

A inversão do ônus da prova nestes casos é *fator de justiça* e de submissão a princípios como da isonomia, lealdade, probidade, boa-fé das partes, acesso à ordem jurídica, colaboração, como anteriormente estudado.

#### 4.1.5.1 Alimentos devidos entre pais e filhos menores

Estabeleceremos apenas uma diferenciação no tocante aos alimentos devidos a filhos menores de idade.

Na lição de Yussef Said Cahali,

[...] a doutrina, de maneira uniforme, inclusive com respaldo na lei, identifica duas ordens de obrigações alimentares, distintas, dos pais para com os filhos: uma resultante do pátrio poder, consubstanciada na obrigação de sustento

<sup>649</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 487-488.

<sup>650</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 137.

da prole durante a menoridade ( CC, art. 231, IV); e outra, mais ampla, de caráter geral, fora do pátrio poder e vinculada à relação de parentesco em linha reta. [...] Quanto aos filhos, sendo menores e submetidos ao pátrio poder, não há um direito autônomo de alimentos, mas sim uma obrigação genérica e mais ampla de assistência paterna, representada pelo dever de criar e sustentar a prole [...] A necessidade de alimentos presume-se em favor dos filhos menores, competindo ao obrigado a prestá-los provar que deles os mesmos não carecem. [...] Assim, a obrigação alimentar do art. 397 do CC (art. 1.696 do Novo Código Civil) é proporcional, segundo o art. 400 (art. 1.694, § 1.º, do Novo Código Civil), à capacidade econômica de quem os deve e às necessidades de quem os reclama; trata-se, pois, de uma obrigação de conteúdo variável e contingente, enquanto o dever de sustento dos filhos menores, imposto aos genitores, caracteriza-se como sendo absoluto, sem qualquer consideração às respectivas fortunas.<sup>651</sup>

Também João Baptista Villela, para quem

[...] entre sustento e alimentos há uma diferença considerável. Os alimentos estão submetidos a controles de extensão, conteúdo e forma de prestação. Fundamentalmente acham-se condicionados pelas necessidades de quem os recebe e pelas possibilidades de quem os presta (cf. Código Civ., art. 1.694, § 1.º). Sustento, ao contrário, é um conceito ao mesmo tempo menos rígido e mais infenso a parâmetros. A bem dizer, não os tem. Os pais devem prestá-lo segundo a ética do máximo esforço, que, precisamente por ser máximo, é insuscetível de fixação *a priori*. De certa forma, o limite do sustento é o limite de sobrevivência de quem o deve dar, pois não é compreensível que pai ou mãe prefiram-se aos próprios filhos.<sup>652</sup>

Assim, tratando-se de filhos menores, temos o *dever de sustento* dos pais em relação a estes, posto que, por óbvio, por serem menores de idade, crianças e adolescentes necessitam do apoio material dos pais para prover seu sustento, ante a impossibilidade de exercerem trabalho remunerado e arcarem com sua própria subsistência.<sup>653</sup>

No dever de sustento, entendemos ser presumida, ainda, além das necessidades do alimentando, a *mínima possibilidade* do devedor alimentante, em razão do *princípio da paternidade responsável*.

<sup>651</sup> Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, p. 351.

<sup>652</sup> João Baptista Villela, *Procriação, paternidade e alimentos*, p. 142.

<sup>653</sup> Nos termos do art. 7.º, XXXIII, da Constituição Federal, é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Inconcebível que um genitor opte pela procriação e não possua meios de dignamente sustentar o filho que trouxe ao mundo.

O sustento, apoio material do pai/mãe ao filho, é parte do exercício de uma paternidade/maternidade responsável, nos termos da Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo o genitor irresponsável ser, até mesmo, destituído do poder familiar.

Logo, quando tratamos de alimentos devidos a filhos menores e incapazes, a *necessidade destes é presumida*, ante sua patente e legal impossibilidade de trabalhar para prover o próprio sustento, bem como presumida é a mínima possibilidade de o genitor prestar alimentos, ante o princípio da paternidade responsável.

Portanto, temos uma *presunção judicial* no presente caso, visto que não prevista em lei, porém, de conhecimento geral, extraível das máximas de experiência, diante da prova da menoridade do alimentando e da paternidade/maternidade do alimentante em relação ao autor do pedido. Logo, caso o alimentante oponha resistência ao pedido de alimentos, caberá a ele a prova da ausência de necessidade do alimentando e falta de possibilidades ao pagamento da quantia pleiteada, tendo em vista a presunção existente em sentido contrário.

Ao alimentando caberá, tão somente, a prova da filiação ou do dever gerador da obrigação alimentar em relação ao alimentante e, se o caso, os gastos existentes com situações excepcionais, como doenças, tratamento médico, entre outros, ou seja, gastos não inerentes a uma criança ou adolescente comum e que elevam o valor devido a título de alimentos, uma vez que se trata de fato excepcional, extraordinário, não presumível.

A presunção judicial, prevista no art. 335 do Código de Processo Civil, como anteriormente estudado, decorre da verossimilhança dos fatos alegados pela parte, formada pela experiência comum do juiz, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece. Trata-se de um raciocínio lógico.

Tal presunção acarreta à parte contrária o ônus de comprovar que os fatos não se deram do modo como se apresentam ordinariamente. Caso contrário, o fato resta provado pela presunção.

O raciocínio lógico realizado pelo julgador deve partir de um fato-base, o qual deve ser comprovado nos autos pela parte a quem aproveita, no caso em estudo, a prova da menoridade/incapacidade e da paternidade/maternidade em relação ao alimentante. Comprovado o fato-base, o juiz pode inferir, presumir o fato principal, que possui ligação com a causa, ou seja, as necessidades do autor-alimentando e a obrigação do genitor em sustentá-lo.

O fato presumido prevalece até prova em contrário.

Logo, poderá o julgador fundamentar sua decisão demonstrando que o fato-base, indício, encontra-se comprovado, e a partir dele exarar o raciocínio desenvolvido até atingir a presunção e decidir pela procedência ou improcedência da ação.

Para Eduardo Cambi,

[...] pela teoria dos fatos normais e extraordinários, o fato ordinário se presume, sendo essa presunção fundamental e a origem remota de todas as presunções, e o fato extraordinário se prova. Além dessa razão ontológica, essa forma de distribuição do ônus da prova ou regra de julgamento está fundada em *critérios lógicos* baseados em *máximas de experiência* (o normal conhecimento da vida e das coisas). Nesse sentido, pode-se sustentar que os fatos normais integram o conhecimento que qualquer pessoa de cultura média, não somente o juiz possui, servindo como fonte de presunção a permitir a inversão do ônus da prova.<sup>654</sup>

Já Eduardo Couture, citado por Eduardo Cambi, chega à mesma conclusão (de inversão do ônus da prova quando diante de fatos ordinários), mas por outros meios, com os quais concordamos. Para ele,

[...] frequentemente os tribunais suprem as faltas de provas das partes admitindo que os fatos devam ter ocorrido como naturalmente se sucedem

<sup>654</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 332.

na vida cotidiana, e não de forma extravagante ou excepcional. Assim, aquele a quem a noção normal beneficia é isento da prova. É seu adversário quem deve provar o contrário. Este tema é considerado como questão atinente ao ônus da prova, já que, aparentemente, significa eximir uma das partes de realizar prova (a que sustenta o normal) e gravar a outra parte (a que sustenta o extraordinário). Mas parece fácil perceber que não se encontra em jogo, nesta situação, princípios de distribuição dos ônus probatórios entre as partes. O que discute-se é que os fatos evidentes, regulares e normais não são objeto de prova. O conhecimento destes faz parte do saber privado do juiz, que este pode invocar na fundamentação de sua sentença. O contrário do normal, esse sim, é objeto de prova.<sup>655</sup>

No mesmo sentido Moacyr Amaral Santos: “[...] não há, assim, falta de prova quando uma presunção legal milita a favor de qualquer das partes. Na presunção está a prova, que é suficiente para dirimir a controvérsia”.<sup>656</sup>

Exemplificando, é ordinário, normal, que um menor de idade necessite ser sustentado economicamente por seus pais ou responsáveis, não possuindo meios de, por si só, prover sua própria subsistência.

Caso o alimentante oponha fato extraordinário, alegando que o alimentando-menor pode sustentar-se independentemente do recebimento de pensão alimentícia, deve provar este fato, visto sua anormalidade.

O fato normal, ordinário, dispensa a prova, ou seja, não é objeto de prova.

<sup>655</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 231-232; apud Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 333 (tradução livre): “Frecuentemente los tribunales suplen las faltas de prueba de las partes, admitiendo que los hechos deben haber ocurrido como suceden naturalmente en la vida y no en forma extravagante o excepcional. Aquel a quien la noción normal beneficia, es revelado de prueba. Su adversario quien debe probar el contrario. Este tema es considerado habitualmente como una cuestión atinente a la carga de la prueba, ya que aparentemente significa eximir de la prueba a una de las partes (la que sostiene lo normal) y gravar con ella a la otra (la que sostiene lo extraordinario). Pero, parece fácil de percibir que tampoco se halla aquí en juego un principio de distribución de la carga probatoria entre las partes. Lo que está en tela de juicio es el punto de saber si los hechos evidentes, regulares y normales no son objeto de prueba. El conocimiento de éstos forma parte de esa especie de saber privado del juez, que este puede invocar en la fundamentación de la sentencia. Lo contrario de lo normal es, eso sí, objeto de la prueba”.

<sup>656</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 334.

Assim, as necessidades do menor alimentando são presumidas. Se o alimentante alega incapacidade econômica, deve provar tal incapacidade, visto ser a necessidade e os deveres da paternidade fatos ordinários e a falta de condições econômicas fato impeditivo da prestação pleiteada.

E conclui Eduardo Cambi:

Portanto, toda vez que, com base em máximas de experiência, se criam presunções (jurisprudenciais ou legais) que culminem na utilização da técnica da inversão do ônus da prova, está-se tutelando, efetiva e adequadamente, os direitos materiais, a que o processo, enquanto mero instrumento, destina-se a proteger. Fica, contudo, o demandado com o ônus de provar o contrário, porque, em vez de proteger o direito do autor que dificilmente conseguiria demonstrar o fato constitutivo, transfere-se este encargo ao réu, que está em melhores condições de comprovar que tal acontecimento não existiu ou não produziu os efeitos pretendidos pelo demandante.<sup>657</sup>

Cumprе ressaltar, por fim, que o entendimento ora exposto encontra-se inteiramente assentado tanto na doutrina, conforme anteriormente citado, como na jurisprudência.<sup>658</sup>

<sup>657</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 336.

<sup>658</sup> “Apelação cível. Família. Investigação de paternidade. Alimentos. Filha menor de idade. Artigo 1.694 do Código Civil. Atendimento do binômio necessidade/possibilidade. Dever de sustento decorrente do poder familiar. Ônus da prova da incapacidade de arcar com verba alimentar que compete àquele chamado a prestá-la. Conclusão n.º 37 do CETRGS. O dever de prestar alimentos aos filhos menores (dever de sustento), cujas necessidades são sempre presumidas, prementes e inerentes à faixa etária, é de ambos os genitores, cada um dentro dos seus limites, e decorre do poder familiar, cumprindo levar em consideração que a fixação da verba alimentar resulta da análise das possibilidades do alimentante e das necessidades de quem os postula. A redução, em apelação, da verba alimentar devida a filha menor, fixada no juízo singular, exige a demonstração cabal da impossibilidade financeira daquele que os presta. Hipótese não ocorrida na espécie. Apelação desprovida” (segredo de justiça) (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70027075803, Rel. Vasco Della Giustina, j. 17.12.2008).

“Alimentos. Indisponibilidade. Não é válida a renúncia ao direito a alimentos devidos a filhos menores, visto que os alimentos são indisponíveis, mormente quando decorrentes do parentesco. Inteligência do artigo 1.707 do Código Civil. Os alimentos devidos para a prole menor encontra seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores, o que faz presumida a necessidade destes, independentemente, pois, de prova. Inteligência do artigo 1.566, IV, do Código Civil. O pedido de alimentos efetuado por filho maior ampara-se na obrigação existente entre parentes devendo ser comprovada a necessidade por quem alega. Inteligência do artigo 1.694 do Código Civil. Não se desonerando desta prova, os alimentos são devidos somente para os filhos menores, em valor proporcional à possibilidade do alimentante. Proveram parcialmente. Unânime” (segredo de justiça) (TJRS, 7.ª Câmara Cível, Apelação Cível 70006128649, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.08.2003).

“Alimentos. Fixação no equivalente a 1,2 salário mínimo. Menores com necessidades presumidas, sendo um deles portador de síndrome de Down. Dever de sustento do genitor, o qual não se desincumbiu de demonstrar sua efetiva possibilidade. Sentença mantida. Provedimento negado, com observação” (8.ª Câ-

#### 4.1.5.2 Demais modalidades de obrigações alimentícias

Em relação a filhos maiores e alimentos devidos em razão do parentesco, casamento, união estável, ou ato ilícito, não há essa presunção de necessidade e a adoção do princípio da paternidade responsável. Assim, tanto as necessidades do alimentando quanto as possibilidades do alimentante devem ser comprovadas.

Na lição de Rolf Madaleno,

[...] cessada a menoridade civil, também encerra o dever de sustento do poder familiar e deixa o filho de ser destinatário de um direito alimentar por presunção de necessidade, ingressando na faixa da exceção disposta na parte final do artigo 1.694 do Código Civil, de o crédito alimentar ser destinado a atender às necessidades de educação do alimentando, porque a formação profissional da prole não termina com a maioridade civil.<sup>659</sup>

Neste caso, para comprovação da existência dos requisitos legais da obrigação de prestação alimentícia, necessária a observação das *regras de distribuição dos ônus probatórios*.

Pela regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil, como antes mencionado, caberia ao autor a prova de suas alegações e dos fatos constitutivos de seu direito, quais sejam as *necessidades* que possui e que garantem o seu direito aos alimentos, e a *possibilidade* de seu parente, cônjuge, companheiro, ou responsável pelo ato ilícito em prestá-los.

No entanto, o art. 333 do Código de Processo Civil parte do princípio de que as partes são iguais, ou, pelo menos, estão em igualdade de armas perante o processo em que litigam, o que não é verdade.

Conforme afirma José Roberto dos Santos Bedaque,

---

mara de Direito Privado, Apelação Cível 93225520108260564/SP, Rel. Caetano Lagrasta, j. 29.09.2011, Publicação 30.09.2011).

<sup>659</sup> Rolf Madaleno, *Curso de direito de família*, p. 900.

[...] dentre todas as frustrações que a jurisdição pode causar às pessoas, a mais grave, sem dúvida, é a emissão de um provimento injusto. E, normalmente, as injustiças são cometidas contra aqueles que, por razões econômicas, não tem condições de se apresentar de igual para igual no processo.<sup>660</sup>

Segundo Moacyr Amaral Santos,

[...] ao ingressar em juízo com a ação, o autor se encontra ante a necessidade de ter que enfrentar a contestação do réu e, por isso, já se habilitou, ou deve ter-se habilitado, convenientemente, com os meios de prova capazes de corroborar as suas afirmações contidas na inicial. É natural. Se, em regra, compete a cada uma das partes dar a prova das alegações que fizer, é natural que o autor que alega fatos em abono da sua pretensão, na perspectiva de vê-los contrariados pelo réu tenha preparado a prova dos mesmos.<sup>661</sup>

Tal afirmativa mostra-se inteiramente correta quando estamos diante de um autor que possui condições de provar o que alega, o que não ocorre quando trata-se de um autor vulnerável, hipossuficiente, dependente do réu para sua subsistência e manutenção de suas necessidades mais básicas.

É claro que seria mais fácil ao autor ingressar com uma ação judicial já portando provas de tudo o que alega ou, pelo menos, expondo os meios de obtenção de tais provas. Ocorre que há casos em que isso não é possível.

E pergunta-se: seria correto, humano, aceitável juridicamente, negar o direito à ação (leia-se, direito a uma ação com chances de procedência) àqueles que mais precisam pelo fato de não serem capazes de produzir uma prova de possível produção pela parte contrária?

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

[...] a “capacidade jurídica” pessoal, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser *pessoalmente* superadas, antes que um direito possa ser efetivamente

<sup>660</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 89.

<sup>661</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 1, p. 129.

reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processo.<sup>662</sup>

Muitas ações de alimentos, revisional de alimentos, investigação de paternidade cumulada com alimentos, alimentos indenizatórios, não são propostas que visam o entendimento da parte de que nada vai conseguir com o processo, posto que não tem provas das condições financeiras do alimentante. Embora tenha ciência de seus ganhos e de suas posses (o que nem sempre ocorre), não tem meios de prová-los e, assim, acaba por desistir de propor uma ação judicial, uma vez que esta lhe obriga a provar o que alega.

Assim, milhares de crianças e adolescentes permanecem sustentadas por apenas um de seus genitores, bem como pessoas necessitadas, idosos, pessoas com deficiência, vivem da ajuda de poucos familiares e amigos, quando não do próprio Estado.

Com base nessa constatação surgem no direito de família entendimentos no sentido da possibilidade – e *necessidade* – de inversão dos ônus probatórios e aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias.

Para José Carlos Teixeira Giorgis,

[...] não ofende a razoabilidade cogitar-se o emprego da teoria da carga probatória dinâmica no Direito de Família, o que se ancora em duas vertentes típicas desse ramo: a peculiaridade da prova e a feição intervencionista do juiz de família. O setor que lida com os dramas familiares e com direitos indisponíveis muitas vezes segue regras originais e próprias, permitindo a leitura dos padrões processuais com maior alargamento e mitigação.<sup>663</sup>

E o autor dá como exemplo da adoção desta teoria a ação de alimentos, em que o alimentante é profissional liberal e as regras gerais de distribuição do ônus da prova não são suficientes ao esclarecimento da verdade:

<sup>662</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, p. 22.

<sup>663</sup> José Carlos Teixeira Giorgis, A prova dinâmica no direito de família. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7922-a-prova-dinamica-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

Ora, em vista das importâncias da atividade paterna serem infensas ao controle público, é possível que o pedido claudique em seu mérito, restando desfigurado pela omissão do requerido e pela impossibilidade de acesso do credor, ensejando uma sentença injusta que afetar a dignidade da pessoa. A distribuição da prova revelou-se ineficaz, pois o autor não logrou provar os fatos constitutivos de seu direito, não teve acesso ao nicho onde se guardavam as informações imprescindíveis para o sucesso de seu pleito. Contudo, se houver uma intervenção judicial temperando as regras de distribuição através da paridade probatória, a situação ganhará contornos e desdobramentos que chegarão à meta teleológica; e o juiz, abandonando a postura de mero expectador da pugna judicial, ordenará ao mais apto para promover a prova que venha aos autos revelar seu entesouramento e condição, evitando o aviltamento de sua descendência.<sup>664</sup>

No mesmo sentido Maria Berenice Dias, para quem

[...] ao autor cabe tão só comprovar a obrigação do réu de prestar-lhe alimentos. É o que diz a lei (LA 2.º): *o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de 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. O autor, caso ainda não atingida a maioridade civil, não necessita sequer provar suas necessidades, pois estas são presumidas. Transfere-se ao réu o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, ou seja, de que eventualmente não necessita do quanto alega. Também é do alimentante o encargo de provar seus rendimentos, eis não dispor o alimentando de acesso a tais dados, porquanto gozam de sigilo e integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CF 5.º X). Omitindo-se em trazer tais dados, desatende o réu ao dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma devassa em sua vida econômico-financeira.<sup>665</sup>

A legislação brasileira *reconhece* a situação de inferioridade, hipossuficiência e necessidade do alimentando, tanto que criou regras com o intuito de suprir tais adversidades.

É o caso do *foro especial do alimentando* para propositura de ações, de modo a facilitar-lhe o ajuizamento e acompanhamento de seu pedido, a existência de *lei especial para as ações de alimentos*, com procedimento célere que busca a efetividade e eficácia das decisões, com audiência una, concentrada, facilidades para a propositura da ação, acompa-

<sup>664</sup> José Carlos Teixeira Giorgis, A prova dinâmica no direito de família. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7922-a-prova-dinamica-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

<sup>665</sup> Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, p. 488.

nhamento do processo por membro do Ministério Público de modo a garantir os direitos do alimentando hipossuficiente, entre outros, como estudado no item 2.4.

Portanto, a própria lei reconhece a *desigualdade* entre as partes nas ações que envolvam questões alimentares, bem como a hipossuficiência, mesmo que econômica, como se dará na maioria das vezes, do alimentando.

#### 4.1.6 *Semelhanças entre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor e as ações alimentícias*

Tendo em vista ser o alimentando hipossuficiente e vulnerável, como anteriormente estudado, e sendo verossimilhantes suas alegações, de rigor a inversão dos ônus probatórios, em consonância com o que determina o Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de *situações similares*, de rigor a aplicação de *soluções também similares*.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor, legislação específica, não há como ser aplicado diretamente às ações alimentícias, em favor do alimentando, porém podemos desta legislação especial extrair conceitos e principiologia próprios, aplicáveis a situações outras, reconhecida a similitude de ideias e objetivos.

Logo, possível extrair do Código de Defesa do Consumidor uma *teoria acerca da inversão do ônus da prova no direito brasileiro*, e utilizar o regramento processual civil neste sentido.

Como mencionado, o requisito da hipossuficiência previsto no Código de Defesa do Consumidor possui aspecto estritamente processual. Hipossuficiente é o que litiga em desvantagem. E, mais, a hipossuficiência não é econômica, fática ou jurídica; é exclusivamente probatória.

Na lição de Érico de Pina Cabral, a hipossuficiência é conceito relacional, e é sempre aferível por critério que leva em consideração a condição comparativa dos sujeitos da relação processual e que tem por objetivo determinar qual dos dois tem a melhor condição (técnica, econômica, jurídica, etc.) de produzir a prova de determinado fato relevante para o processo.<sup>666</sup>

Tanto a hipossuficiência como a verossimilhança das alegações são apuradas segundo as regras ordinárias de experiência. As regras de experiência são as denominadas presunções com base no que ordinariamente acontece. O juiz, ao utilizar as regras ordinárias de experiência, vai usar o seu prudente arbítrio e formação pessoal para observar o fato conhecido levando em consideração o que ordinariamente acontece e, assim, chegar à presunção da verdade.

Todos estes conceitos podem ser aplicados ao alimentando e à sua situação jurídica quando litiga em ações alimentícias.

Assim, comprovada a existência dos *mesmos requisitos* tanto nas relações de consumo quanto nas relações alimentares, não há como defender a aplicação de *regras processuais diferenciadas*, em especial probatórias, a situações idênticas. Isto demonstraria uma grande disparidade e falta de homogeneidade ao sistema como um todo.

Logo, a aplicação às ações alimentícias da regra de distribuição dinâmica dos ônus probatórios e a inversão do ônus da prova quanto às possibilidades do alimentante vêm ao encontro aos anseios da legislação já existente e em nada fere o ordenamento jurídico em vigor, ao contrário, coaduna a fase de instrução probatória ao espírito das leis que regem a matéria e já reconhecem a desigualdade das partes ocasionada pela vulnerabilidade e hipossuficiência do alimentando.

---

<sup>666</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 376.

E, mais, essa técnica de distribuição dos ônus probatórios, presentes seus requisitos, coaduna-se com a necessidade de igualdade de tratamento a ser dado às partes no processo (art. 125, I), autoriza o juiz a determinar as provas necessárias à instrução e ao descobrimento da verdade real (arts. 130 e 331, § 2.º), impede que o exercício do direito por uma das partes se torne excessivamente difícil (art. 333, art. 333, parágrafo único, II) e obriga que todos os sujeitos processuais colaborem com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339).

Ademais, prevendo o Código de Processo Civil, em seu art. 333, parágrafo único, ser nula a convenção que distribui de maneira diversa os ônus probatórios quando torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, por coerência sistêmica, no caso dos incisos I e II do mesmo dispositivo levar a esta mesma situação de dificuldade, de rigor a alteração deste ônus probatório.

Na lição de William Santos Ferreira, “se a lei no parágrafo único visa impedir uma situação desarrazoada provocada por acordo entre as partes que conduza à *probatio diabolica*, se a subsunção do fato à norma provocar a mesma situação, por coerência, deve-se aplicar o mesmo remédio indicado pela própria regra”.<sup>667</sup>

Segundo Artur Carpes,

[...] a dinamização dos ônus probatórios, embora possa se dar em razão de lei – *ope legis* – como ocorre a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, hipótese em que a lei vincula o juiz a dinamizar o estático art. 333 do CPC a fim de conformá-lo constitucionalmente à luz da verossimilhança das alegações do consumidor e da sua hipossuficiência, também o pode através de decisão judicial, naqueles casos em que a lei se omite, hipóteses estas em que a dinamização poderá se operar *ope iudicis*, a fim de adequar a estruturação da atividade probatória das partes à luz do direito fundamental à prova e do direito fundamental a igualdade substancial entre estas.<sup>668</sup>

Para Eduardo Cambi, esta técnica

<sup>667</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 220.

<sup>668</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 110.

[...] legitima o raciocínio da inversão judicial do ônus da prova, independentemente de previsão legal, com o escopo de melhor tutelar os direitos do demandante que, caso tivesse que provar o fato constitutivo de seu direito, jamais ou muito dificilmente obteria a tutela jurisdicional, ainda que tivesse razão. Essa técnica de inversão do ônus da prova é, destarte, uma decorrência da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, permitindo, com o auxílio do princípio constitucional da isonomia, que a parte hipossuficiente (ou seja, em condições mais difíceis de provar um fato que seria mais facilmente comprovado pelo demandado) obtenha a tutela jurisdicional.<sup>669</sup>

Pois, como afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções”.<sup>670</sup>

É certo que o alimentando comprove suas necessidades, as razões de precisar dos alimentos pleiteados e o porquê do valor estipulado inicialmente. Assim, possível que comprove documentalmente e pela oitiva de testemunhas, por exemplo, seus gastos mensais com moradia, alimentação, educação, vestuário, medicamentos, por meio da juntada de recibos, notas fiscais, receitas médicas, entre outros.

Esta prova encontra-se ao alcance do alimentando, reflete sua realidade e é fato constitutivo de seu direito.

Entretanto, como mencionado, a prova das possibilidades do alimentante, na maioria das vezes, é de difícil, ou até mesmo impossível realização pelo autor, porque, por vezes, autor e réu não convivem, não possuem um relacionamento que permita ao alimentando mensurar, comprovar, ou até mesmo afirmar as possibilidades do alimentante.

Mesmo quando este trabalha com registro formal, é funcionário público, ou seja, auferir rendas passíveis de, por ofício, serem descobertas, há riquezas outras de difícil aferição, quais sejam bens, veículos, montantes em dinheiro, adquiridos na constância de outro

<sup>669</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 336.

<sup>670</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 88.

emprego, passado ou atual, e que conferem ao alimentante situação econômica mais estável e confortável do que se presumia por sua renda mensal comprovável inicialmente.

O que falar, então, do alimentante profissional liberal, autônomo, que vive de empregos temporários, ocasionais, os chamados “bicos”?

Trata-se de verdadeira “prova diabólica” ao alimentando comprovar tal fato, o que fere seu direito fundamental à prova, visto que não conseguirá produzi-la por circunstâncias alheias à sua vontade.

Assim, a verossimilhança das alegações realizadas pelo autor deve ser considerada pelo magistrado, até mesmo para determinar a inversão dos ônus probatórios.

A verossimilhança não exige a certeza da verdade, porém deve existir uma aparente verdade demonstrada nas alegações do autor que, uma vez comparadas com as regras de experiência, seja capaz de ensejar a inversão.

Como exemplo, o alimentante que possui carteira de trabalho sem registro há anos e alega viver em casa de aluguel, não é crível que não exerça atividade remunerada. Como mantém sua residência? Como se mantém sem trabalho há anos? De onde provém sua renda mensal? É claro que alguma atividade exerce. No entanto, por tratar-se de atividade informal, por vezes, é de difícil comprovação.

Nestes casos, presentes estão os requisitos para uma distribuição diversa da carga probatória, ou seja, a existência de dificuldade ou impossibilidade de realização da prova por aquele a quem a lei, estática, abstrata, geral, impõe tal dever; e a maior facilidade ou melhores condições do outro litigante em realizar tal prova, pois, não há como defender que ao alimentante é difícil demonstrar sua renda mensal e sua situação econômica atual.

Se não há atualmente, ainda, normas legais que especificam e diretamente determinam a inversão dos ônus probatórios nas ações de alimentos, necessária a utilização de

todo o arcabouço legal, das normas constitucionais em especial, a fim de tornar o sistema uno, lógico, igualitário, atribuindo-se às mesmas situações soluções também igualitárias.

Não há como defender a aplicação das teorias em estudo a casos envolvendo contratos bancários, revisões contratuais em geral, erro médico, e não permitir sua incidência em ações que envolvem direito de família, em geral direitos indisponíveis, ínsitos a qualquer ser humano, determinantes em suas vidas cotidianas, como nas ações de alimentos, que tratam, em última análise, do direito à vida digna do alimentando, bem maior constitucionalmente assegurado.

Na Argentina, a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios é amplamente aplicada às ações de alimentos.<sup>671</sup>

E assim já está decidindo a jurisprudência brasileira, atenta a estes novos contornos das relações familiares:

Alimentos. Alimentante profissional autônomo. Inversão do ônus da prova. Verba adequada às necessidades dos menores. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido (8.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, CR 6146474900/SP, Rel. Caetano Lagrasta, j. 04.03.2009, Publicação 18.03.2009).

Alimentos. Ônus da prova. Devedor profissional autônomo. Em se tratando de ação de alimentos, invertem-se os ônus probatórios, incumbindo ao devedor o encargo de demonstrar seus ganhos, por não dispor o alimentando de meios de acesso aos seus rendimentos, sigilo que integra o direito constitucional à privacidade, ou seja, inviolabilidade da vida privada (CF

<sup>671</sup> Sala 1.<sup>a</sup> da CCCom. de Paraná – resolução registrada em *Jurisprudencia de Entre Rios* 76-41 – “Não estando definida a obrigação de prestar alimentos, ao reclamante só resta denunciar por aproximação a força econômica do obrigado, não podendo este adotar uma atitude mera expectativa ante a prova que, em última análise, pode ou não ocorrer. Temos afirmado repetidamente em casos semelhantes (LS 1994, 7/15/94, LS 1995, 22/05/95) que os requisitos do art. 363 de CPCCN sobre o ônus da prova devem ser analisados em consonância com a natureza do caso, já que uma interpretação rígida de tais princípios obstaculizaria a pretensão à prestação alimentícia, apesar de reconhecer-se o direito da parte à percepção de alimentos. Com maior razão quando existentes indícios ou presunções sobre a presença dos requisitos legais (Sala II, a 03/31/89, 1989). A aplicação do princípio de que quem afirma um fato deve prová-lo – prova do próprio interessado, de acordo com Goldschmidt – não prejudica que a outra parte deva fornecer os elementos que esteja em melhores condições de produzir, não se podendo ignorar que em circunstâncias como as dos autos é difícil para quem reclama alimentos a prova direta dos recursos econômicos de quem deve fornecê-los. Predomina na doutrina contemporânea o critério das ‘cargas processuais dinâmicas’ ou de transferência do ônus da prova em função do princípio da ‘solidariedade ou colaboração’ que expressa a necessidade de se analisar quem se encontra em melhores condições de provar um fato e se absteve de fazê-lo” (tradução livre).

5.º X). Desempenhando o alimentante suas atividades como profissional autônomo, na ausência de demonstração de seus ganhos, impositivo fixar o valor dos alimentos atentando-se nos sinais exteriores de riqueza. Agravo provido em parte (TJRS, 7.ª C. Cív., AI 70004165551, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 26.06.2002).

Pelo exame do conjunto probatório, deflui-se que o réu exerce atividade remunerada; além de possuir um automóvel e uma motocicleta, ensejando, certamente, um dispêndio de numerário para a manutenção desses veículos. Essa situação é incompatível com a afirmação de baixos rendimentos lançada pelo réu. Ao contrário, emerge a certeza moral da possibilidade de pagamento do encargo. A propósito, já se decidiu: À míngua de provas específicas quanto aos rendimentos reais do alimentante, deve o Magistrado, na tarefa de fixação dos alimentos, valer-se dos sinais exteriores de riqueza daquele, a denotarem, ante a visão do seu patrimônio e de seu modo de vida, o seu verdadeiro poder aquisitivo, mormente quando se tratar de empresário ou de profissional liberal, dada a falta de credibilidade das declarações unilaterais feitas por eles, em juízo, a respeito de seus rendimentos mensais (TJSC, 2.ª Câmara Cível, Ap. 2002.003.831-8, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, *DJSC* 26.08.2002).

No mesmo sentido, Apelações 547.671.4/5, 462.999.4/2 e 597.050.4/2-00 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Além da adoção da técnica da inversão do ônus da prova, dinamizando sua distribuição para além da regra geral, atendo-se às especificidades e necessidades do caso concreto, cabe ao juiz, também, no exercício de seus poderes instrutórios, a expedição de ofícios a órgãos e instituições que possam aclarar a real situação financeira do alimentante, de modo a descobrirem-se suas possibilidades de prestar alimentos a quem deles necessita, conforme autoriza o art. 399 do Código de Processo Civil.<sup>672</sup>

Assim, deve o magistrado realizar pesquisas perante o sistema Bacen-Jud, verificando-se os saldos e aplicações bancárias em nome do réu, ou seja, sua renda auferível, também perante o sistema Info-jud, de modo a verificar o patrimônio declarado do alimentante, sinais exteriores de riqueza, oficialiar ao Instituto Nacional da Seguridade Social, verificando se o alimentante trabalha com registro formal em carteira de trabalho, o que facilita a percepção de seus rendimentos mensais etc.

---

<sup>672</sup> Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição:  
I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes.

Para Suzana Santi Cremasco,

[...] a atuação direta e efetiva do magistrado na instrução – seja por meio do uso de seus poderes instrutórios para determinar a realização de uma dada prova, seja para valer-se da distribuição dinâmica do ônus e trazer a prova do fato aos autos – possibilita que o conjunto probatório colacionado seja o mais adequado possível à solução do caso.<sup>673</sup>

No mesmo sentido Lagrasta Neto, Tartuce e Simão.<sup>674</sup>

Entretanto, mesmo utilizando-se de seus poderes instrutórios e determinando a realização de provas, importante que o magistrado inverta os ônus probatórios, imputando ao alimentante-réu o dever de provar suas possibilidades, uma vez que tal inversão pode acarretar efeitos quando do julgamento da causa, ante a vertente objetiva do ônus da prova, já estudada. Assim, importante estabelecer sobre quem recai o ônus na ausência de prova, mesmo depois de expedidos todos os ofícios, casos venham com respostas negativas.

E, finalizando, é certo que, nas palavras de María Belén Tepsich,

[...] um universo em mutação, ponto crucial da doutrina de Heráclito, nos indica que o que hoje consideramos uma verdade, amanhã – pela evolução das coisas – deixa de sê-lo. Por isso, devemos permanecer sempre abertos – como dizia o pensador de Éfeso – para um “mundo em mutação”, para ouvir novas ideias que vêm romper com aquelas que – sem desmerecê-las, porque corresponderam à realidade do momento – deixaram de cobrir as necessidades atuais, devendo ser revisadas. O que se pode garantir é que, quando a semente da mudança, do questionamento ou da transformação se insere nas mentes que absorvem novas ideias, dificilmente deixará

<sup>673</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 84.

<sup>674</sup> Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *Direito de família*, p. 286-287. Para os autores, ainda, “esta nova tendência da processualística, em favor dos menos favorecidos, sejam eles consumidores ou membros de uma família, está à disposição dos juízes, independentemente da modificação pretendida do art. 333, do CPC, conforme o Projeto de Lei n.º 3.015/08, como garantia assegurada pelos princípios constitucionais, especialmente o acesso a uma ordem jurídica justa e ao tratamento igualitário entre as partes. Nada obstante, o abandono da posição de inércia é o que se espera desde logo para minimizar a situação de casais, conviventes ou homoafetivos, no reconhecimento do estado de filhos, nas situações de extrema necessidade por alimentos, enfim, em qualquer das situações de famílias obrigadas à presença nos fóruns e tribunais. É essencial que os juízes, com esteio nos princípios constitucionais da solidariedade e igualdade entre as partes, da boa-fé que deve nortear a conduta processual e da garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, apliquem, desde logo, a prova dinâmica, como circunstância do verdadeiro e eficaz julgamento, deixando de lado a ferramenta inerte do aguardo da comprovação ou o julgamento no estado, razão da falta desta ou da própria incapacidade” (Idem, *ibidem*, p. 290).

de crescer. Ninguém consegue deter-se uma vez que tenha começado a pensar.<sup>675</sup>

Ainda, conforme lição do Professor Cândido Rangel Dinamarco, não podemos nos olvidar de que o processo tutela pessoas, e não direitos. Em um exame do processo, por um ângulo exterior, vê-se que o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar. E conclui:

[...] é preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de *alterar o mundo*, ou seja, de conduzir as pessoas *à ordem jurídica justa*. A maior aproximação do processo ao direito, que em tempos atuais é uma vigorosa tendência metodológica das ciências jurídicas, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.<sup>676</sup>

Afinal, a razão primordial, senão única, de toda a estrutura processual é fazer valer o direito material das partes, realmente existentes, tutelando-se dignamente os direitos dos cidadãos, possibilitando atingir a efetiva paz social e felicidade das pessoas.

## 4.2 Procedimento para a inversão

Após o estudo acerca da necessidade e possibilidade da inversão do ônus da prova nas ações de alimentos, passaremos à análise do procedimento para que tal inversão se promova.

Assim, examinaremos os requisitos para inversão, o modo e momento em que se dá o pedido ou requerimento ao juiz, a observância do contraditório, o momento da inversão, notas sobre a inversão do ônus econômico-financeiro, a abrangência e o recurso cabível.

Vejamos.

<sup>675</sup> María Belén Tepsich, *Cargas probatorias dinâmicas*, p. 153 (tradução livre).

<sup>676</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 210, 318 e 352.

#### 4.2.1 *Requisitos e pedido*

É certo que, para que a decisão acerca da inversão do ônus probatório não fira os princípios da segurança jurídica e da imparcialidade do julgador, necessário que possua requisitos preestabelecidos de necessária e obrigatória observância.

Nas palavras de Artur Carpes,

[...] justamente por não desconhecemos os perigos que giram em torno da relativização da lei, especialmente no que toca à consideração da segurança, valor também caro ao formalismo processual, torna-se devida a estipulação de critérios para operar, da forma mais segura possível, a conformação constitucional da regra disciplinadora do ônus da prova.<sup>677</sup>

Para Paulo Rogério Zaneti, a inversão do ônus da prova visa

[...] (a) coibir a prova diabólica, impossível ou quase impraticável para uma das partes; (b) evitar que uma das partes se utilize de ardis, artificios ou superioridade técnica/econômica para se sobrepor à outra; (c) combater de forma clara, inequívoca e manifesta o desequilíbrio processual nocivo, que pode levar à perda ou aniquilamento de um direito ou, ainda, a uma decisão flagrantemente injusta.<sup>678</sup>

Portanto, destes objetivos podem-se retirar os requisitos para a inversão do ônus da prova nas ações alimentícias.

Primeiramente, há que verificar a existência da *vulnerabilidade do alimentando*, vulnerabilidade esta presumida, característica de direito material, geral, e não requisito processual.

Para José Carlos Teixeira Giorgis, denominam-se pessoas vulneráveis aquelas de “relativa ou absoluta incapacidade de proteger seus proveitos ou que não tenham po-

<sup>677</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 76.

<sup>678</sup> Paulo Rogério Zaneti, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 144.

der, inteligência, educação, recursos, forças ou outros atributos necessários a garantir suas conveniências”.<sup>679</sup>

Estando o alimentando em juízo para pedir alimentos, ou seja, valores ou prestações *in natura* para a garantia de sua sobrevivência digna, é certo que, assim como no Código de Defesa do Consumidor, anteriormente estudado, a vulnerabilidade é característica ínsita a todos os alimentandos, sendo característica de direito material, e não processual.

A constatação legal da vulnerabilidade do alimentando, do mesmo modo como se dá com o consumidor, sendo presumida, generalizada, é feita a fim de dar isonomia às partes que litigam nestas determinadas espécies de ações. É tratar desigualmente os desiguais, com o intuito de buscar a verdadeira igualdade e paridade de armas no processo e chegar a uma decisão justa, efetiva, capaz de gerar a pacificação social, e não a uma decisão formal, baseada em fatos irreais ou incompletos, ante a impossibilidade de litigância igualitária pelos envolvidos.

A própria lei reconhece esta vulnerabilidade do alimentando ao beneficiá-lo com foro privilegiado para a propositura de ações, com a possibilidade de fazer o pedido de alimentos oralmente, diretamente em cartório, ao ordenar ao magistrado a fixação, de pronto, de alimentos provisórios ao autor da ação de alimentos, entre outras normas benéficas.

Ainda, para a inversão do ônus da prova, podemos diagnosticar dois requisitos de aplicação, de cunho processual, quais sejam a *existência de dificuldade ou impossibilidade de realização da prova* por aquele a quem a lei, estática, abstrata, geral, impõe tal dever; e a *maior facilidade ou melhores condições do outro litigante* em realizar tal prova.

Do mesmo modo que ocorre no Direito do Consumidor, o fato de o alimentando ser pessoa vulnerável possibilita a aplicação da inversão desejada, porém necessário verificar, sob o prisma processual, sua *hipossuficiência* para a realização da prova. Essa hipos-

---

<sup>679</sup> José Carlos Teixeira Giorgis, *Direito de família contemporâneo*, p. 67.

suficiência existirá quando ao alimentando for difícil ou impossível a realização da prova necessária.

A dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do encargo probatório que inicialmente, pela norma geral e estática, foi destinado ao alimentando pode decorrer das mais diversas razões, social, econômica, cultural, entre outras, e quaisquer dessas razões, que dificultam a produção probatória, podem fundamentar, de forma objetiva, este requisito para a inversão do ônus probatório.

Assim, como mencionado anteriormente, o fato de o requerido ser trabalhador autônomo ou liberal, não possuir registros oficiais de seus rendimentos, não possuir contato, convivência com o alimentando, entre outros, pode acarretar – e de fato acarreta – a dificuldade ou impossibilidade de o autor comprovar suas possibilidades quanto ao pagamento da verba pleiteada a título de alimentos.

Em relação ao segundo critério para aplicação da teoria, entende Suzana Cremasco que o litigante, primeiramente não possuidor do ônus probatório, deve ter condições reais de trazer ao processo a prova do fato controvertido, podendo esta facilidade ser da mesma ordem da dificuldade da outra parte (econômica, social, cultural, técnica etc.).<sup>680</sup>

O jurista argentino Sergio José Barberio sustenta que se encontra em posição privilegiada de produzir a prova nos autos a parte que possui uma posição privilegiada ou destacada relativamente ao material probatório, seja em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, entre outros.<sup>681</sup>

Ora, se o que se busca nas ações de alimentos é a prova dos rendimentos, riquezas, possibilidades para pagamento de prestação alimentícia do réu-alimentante, quem me-

<sup>680</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 87.

<sup>681</sup> Sergio José Barberio, *Cargas probatorias dinâmicas. Qué debe probar el que no puede probar?*, p. 101.

lhor do que ele próprio para comprovar o quanto ganha, ou para comprovar que não possui condições de arcar com os alimentos postulados pelo autor?

É certo que o alimentante possui posição privilegiada ante tal prova, visto estar em poder de todo o material probatório, que, muitas vezes, é intangível pelo alimentando.

O próprio art. 2.º, § 1.º, II, da Lei 5.478/1968 prevê esta possibilidade, ao dispor que se dispensa o autor da produção inicial dos documentos comprobatórios de suas necessidades e das possibilidades do réu “quando estiverem em poder do obrigado às prestações alimentícias”.

Na lição de Sergio José Barberio, na maioria dos casos, a mencionada posição dominante sobre a prova fica evidenciada pelos documentos levados aos autos, da natureza da controvérsia, ou das próprias afirmações da parte mais bem posicionada. No entanto, quando assim não suceder, a parte que terá os ônus probatórios reduzidos deverá provar as melhores condições da parte adversa, ainda que indiretamente. Contudo, por óbvio, tratar-se-á de uma produção probatória simples. É certo que a parte que é liberada da prova deve também desenvolver algum esforço, alguma atividade. Do contrário, a comodidade ou o refúgio no esquema estático a que nos opomos terá apenas mudado de mãos.<sup>682</sup>

Assim, correto que o alimentando prove suas necessidades, constitutivas de seu direito, cuja prova encontra-se a seu alcance, e o alimentante, trabalhador autônomo, liberal, informal, suas possibilidades, invertendo-se, neste caso, dinamicamente, o ônus da prova.

Nestes casos, presentes estão os requisitos para uma distribuição diversa da carga probatória, ou seja, a existência de dificuldade ou impossibilidade de realização da prova por aquele a quem a lei, estática, abstrata, geral, impõe tal dever; e a maior facilidade ou melhores condições do outro litigante em realizar tal prova, pois não há como defender que ao alimentante é difícil demonstrar sua renda mensal e sua situação econômica atual.

---

<sup>682</sup> Idem, *ibidem*, p. 103.

Trata-se do uso do processo e das leis instrumentais como meios de atingir a *tutela final efetiva e justa*, condizente com a natureza instrumental destes institutos.

Quanto à necessidade de *pedido* de inversão do ônus da prova nas ações alimentícias, tem-se que poderá ser aplicada nos autos pelo juiz *de ofício*, no uso de seus poderes instrutórios, nos termos dos arts. 130 e 339 do Código de Processo Civil,<sup>683</sup> quando *presentes os requisitos* da inversão, ou requerida pela parte interessada na inversão, mediante razoável explicação acerca de sua dificuldade ou impossibilidade na produção daquela prova e maior facilidade da parte contrária, ou seja, demonstrando-se a ocorrência de seus requisitos verificadores.

Veja-se que a inversão nestes casos orienta-se por fatos concretos e individualizados. Assim, a cada prova necessária, deve a parte requerer ou o juiz de ofício determinar a inversão. Pode ocorrer de, no mesmo processo, algumas provas serem regidas pelas regras positivadas acerca do ônus da prova, estático, e outras terem sua produção dinamizada, visto que presentes seus requisitos.

Logo, em regra, ao alimentando caberá a prova de suas necessidades, fato constitutivo de seu direito, aplicando-se a regra geral de distribuição do ônus da prova, ante a facilidade em sua produção, e ao alimentante a comprovação da impossibilidade de pagamento dos valores pleiteados, de suas possibilidades que, embora também fato considerado constitutivo do direito do autor, por ser requisito do dever alimentar, inverte-se o ônus da prova ante a presença dos requisitos acima elencados.

Como asseverado, uma vez constatada a presença dos requisitos legais, o juiz *deve* inverter o ônus, visto ser um *direito do alimentando* para facilitação da defesa de seus interesses, por ser considerado pessoa vulnerável.

---

<sup>683</sup> Sobre os poderes-deveres do juiz, vide itens 3.3.1, 3.3.3, 4.1.1.3 e 4.1.3.

No caso da ação de alimentos de rito especial sumário, deverá o alimentando realizar o pedido de inversão preferencialmente em sua petição inicial, ou assim que surja a necessidade da prova, caso posterior a esse momento processual.

Isso para que haja tempo hábil de o alimentante manifestar-se a respeito no feito, bem como o juiz decidir a questão anteriormente à fase instrutória, que se dará já em audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento.

Se a determinação de inversão dos ônus probatórios for exarada de ofício pelo julgador, deverá ele dizê-la logo ao despachar o pedido inicial e designar audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, nos termos dos arts. 4.º e 5.º da Lei de Alimentos, momento processual imediatamente anterior à citação do requerido.

No caso de o pedido tramitar pelo procedimento ordinário, deverá o pedido da parte, ou a determinação de ofício de inversão dos ônus probatórios pelo magistrado, ocorrer em momento anterior ao saneamento do feito. Do mesmo modo, deverá o outro litigante ser intimado do pedido, para que sobre ele se manifeste, em atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa (vide itens 2.4 e 2.5).

#### 4.2.2 *Contraditório*

Em obediência aos princípios constitucionais do *contraditório* e da *ampla defesa*, deverá o magistrado, antes de decidir acerca da inversão dos ônus probatórios, abrir prazo para manifestação da parte contrária, a fim de que, por exemplo, o litigante demonstre que não possui condições de produzir a prova necessária, apresentando suas motivações.

A inversão do ônus da prova não é prevista como uma certeza, mas apenas como possibilidade, passível de ser ilidida por prova em contrário.

Assim, em sua manifestação, poderá o alimentante demonstrar que não possui condições de produzir a prova que a ele se está imputando, apresentando suas razões.

Deverá demonstrar, assim, a *inexistência dos requisitos* ensejadores da inversão, anteriormente estudados.

Poderá demonstrar, por exemplo, que ao alimentando é possível a realização da prova de suas possibilidades de prestação dos valores pleiteados, ou, ainda, demonstrar que a ele não é possível a prova de que não pode arcar com estes valores, tratando-se de verdadeira “prova diabólica”.

No caso do procedimento de rito especial, sumário, em que as provas são produzidas em audiência, assim como neste momento processual é apresentada a contestação do réu, deverá o alimentante ser intimado acerca do pedido ou da determinação oficial de inversão do ônus da prova quando de sua citação e intimação para a audiência designada, de modo a possuir tempo hábil para apresentar suas objeções ou preparar-se para a produção da prova em audiência.

Tratando-se de procedimento ordinário, deverá o alimentante ser intimado do fato anteriormente ao saneamento do feito, a fim de que o juiz possa decidir a questão anteriormente ao ingresso na fase instrutória do procedimento.

Apenas após a manifestação do requerido deverá o julgador decidir acerca da inversão do ônus probatório, analisando o pedido do autor e as objeções do réu, ou apenas estas no caso de inversão *ex officio*, e motivando sua decisão.

A decisão judicial que inverte o ônus probatório deve ser, por óbvio, motivada, explicando-se a presença de seus requisitos informadores, de modo pormenorizado e completo, sem alusões genéricas abstratas, conforme exigência constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal).

#### 4.2.3 *Momento*

Importante também estabelecermos o momento da inversão dos ônus probatórios nas ações alimentícias.

Como visto anteriormente, o ônus da prova divide-se em ônus subjetivo, voltado às partes, ao modo como cada uma delas deve produzir provas no processo; e ônus objetivo, voltado ao magistrado, como norma de julgamento, ou seja, a decisão será desfavorável àquele a quem incumbia o ônus probatório não satisfeito.

Entretanto, como se vê, é certo que tais classificações coadunam-se com uma distribuição prévia, abstrata e estática do ônus da prova, ou ao menos com uma norma previamente estipulada, em que partes e julgador sabem, de antemão, os ônus probatórios de cada litigante, ou, ao menos, seus possíveis ônus.

Também no caso do direito do consumidor, que, embora trate de regra de inversão do ônus da prova, é regra previamente estipulada, legalmente por todos conhecida e esperada sua incidência presentes os requisitos verificadores. Assim, sua utilização pelo magistrado, ainda que como regra de julgamento, não gera surpresa, insegurança, visto que as partes e a sociedade, de antemão, sabem da possibilidade de aplicação desta inversão legalmente prevista.

No caso em estudo, de inversão judicial do ônus da prova não prevista expressamente em lei, seria atentatória a princípios constitucionais, tais como do contraditório e da ampla defesa, a aplicação do ônus da prova como regra de julgamento.

Isso porque as partes embasam sua atividade probatória considerando as normas positivadas sobre o ônus da prova, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil. Decisão que pretenda modificar tal ônus deve ser prolatada no início da instrução processual, de modo a propiciar às partes seu conhecimento e seus novos ônus, bem como possibilitar seu cumprimento.

Neste caso, as regras sobre o ônus da prova, além de serem regras de julgamento, voltadas ao magistrado, também são regras de procedimento, voltadas às partes.

Conforme Suzana Cremasco,

[...] ao estabelecerem uma determinada consequência desfavorável no caso de descumprimento do encargo por autor ou réu, as regras de distribuição do ônus da prova, muito antes de simplesmente criarem uma medida de cunho punitivo (ou sancionatório) para aquele litigante que tinha condições de fazer a prova e não o fez, visam incentivar a sua efetiva produção, de forma a auxiliar na formação de um conjunto fático-probatório que mais se aproxime da realidade daquilo que efetivamente ocorreu, possibilitando, assim, a descoberta da verdade e a obtenção de um resultado justo. Acresça-se a isso que a necessidade de distribuição prévia do encargo probatório de cada qual antes da abertura da fase instrutória, quando ele irá se dar por força da aplicação da teoria da carga dinâmica, decorre ainda do fato de se tratar de uma exceção à regra à qual as partes inicialmente estariam submetidas.<sup>684</sup>

Embora grande parte da doutrina entenda serem as regras sobre ônus da prova regra geral de julgamento, não se pode olvidar, dado seu caráter subjetivo, ser ela também uma regra de atividade, de comportamento das partes.

Sem dúvida que melhor seria se as partes produzissem as provas nos autos pautando-se pelo espírito da cooperação, da colaboração, mas sabe-se que, talvez pelo modo como hoje as normas sobre as provas estejam descritas em lei, em especial o art. 333 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre os ônus da prova, tal atitude não é comum, nem mesmo exigida dos litigantes pelo artigo citado.

É certo que, atualmente, as normas sobre os ônus da prova em um processo judicial estimulam posturas passivas, não colaboracionistas das partes, uma vez que cientes por meio da norma legal acerca de seu ônus enquanto autor ou réu, e de como pautar suas condutas a fim de desincumbir-se de seus ônus probatórios.

Para Érico Pina Cabral, a inversão judicial do ônus da prova

---

<sup>684</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 90.

[...] trata-se de atuação judicial sobre o ônus subjetivo da prova, como uma regra de comportamento processual, que indica a atividade probatória necessária para a parte se desincumbir do risco pela falta de determinada prova. Ao final, no momento da sentença, na falta de prova, o juiz utiliza-se das regras do ônus da prova (agora, como regra de juízo), considerando, inclusive, a inversão por ele determinada, para onerar a parte que não se desincumbiu de produzir a prova que lhe cabia.<sup>685</sup>

E completa em passagem posterior:

Se a distribuição geral do ônus da prova – previamente estabelecida pelo art. 333 do CPC – é *regra de julgamento* (só verificada pelo juiz no momento da sentença), o mesmo não se pode dizer da inversão judicial (*ope judicis*), que é *regra de julgamento e de comportamento*, porquanto, não só é verificada no momento da sentença quando há falta de provas, mas também estabelecida pelo juiz na decisão de saneamento.<sup>686</sup>

Não se podem criar *surpresas* processuais às partes na sentença, muito menos subtrair da parte o direito de manifestar-se sobre aquilo que poderá onerá-la, diversamente do legal e estaticamente estipulado. Como, no caso, o ônus da prova não se trata de permissivo legal, importante a orientação do juiz quanto a tal encargo, visto que poderá ele se dar de diferentes formas, a depender do caso concreto. Não há como entender esta inversão como de ciência das partes, visto que será ela decidida de acordo com cada caso e, ainda, a depender da presença de determinados critérios.

Assim, a inversão do ônus da prova nas ações alimentícias, diversa da legalmente estipulada, deverá se dar em momento imediatamente anterior ao início da fase instrutória do processo, possibilitando às partes produzir, em momento oportuno, a prova devida.<sup>687</sup>

<sup>685</sup> Érico de Pina Cabral, *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*, p. 126.

<sup>686</sup> Idem, *ibidem*, p. 368.

<sup>687</sup> Nestes termos, foi editada a Súmula 91 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe: “a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. A justificativa de tal súmula é de que “a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, não é legal, mas judicial, pelo que o fornecedor seria surpreendido, se se considerasse a sentença como momento processual da inversão, em afronta ao princípio do contraditório”.

Trata-se, assim, de uma nova distribuição dos ônus da prova, realizada em virtude da falta de identidade do caso em apreço com as normas legais postas de forma estática; meio de não criar surpresas às partes e de não macular princípios constitucionais.

Para Artur Carpes,

[...] a comunicação prévia da dinamização proporciona colheita mais vigorosa das provas, na medida em que, conhecendo as partes suas respectivas necessidades, reunirão todas as suas forças a fim de evitar a insuficiência de provas. Prestigia, portanto, não somente o contraditório, mas também maior cooperação das partes na busca dos elementos necessários para evitar a utilização da “regra de julgamento”. Enriquece-se o diálogo e torna-se mais eficaz a produção das provas necessárias à formação do convencimento judicial. [...] Se o processo cumpre sua finalidade quando faz justiça e se a justiça encontra-se intimamente ligada à aproximação da verdade quanto aos fatos, somente se alcançará a verdadeira justiça evitando-se a formalização do juízo. Tudo leva a crer, portanto, que o estímulo à produção probatória, mediante a eficaz e tempestiva repartição do ônus da prova, é o que proporciona resultado mais ajustado aos desígnios de justiça.<sup>688</sup>

Ressalta-se que mais salutar seria a espontânea cooperação das partes no processo, realizando todas as provas que se encontram a seu alcance, independentemente de seus ônus probatórios legalmente estipulados. No entanto, como já se disse, a lei processual, da maneira como hoje posta, não incentiva esta postura, ao contrário, determina às partes seus ônus probatórios independentemente do caso concreto, prevendo, antecipadamente, as consequências da não realização de determinada prova por autor ou réu.

Concordamos com a lição de William Santos Ferreira, ao dispor que

[...] o ônus da prova é saída para “carência probatória” (regra de julgamento), evitando o *non liquet*, devendo ser empregado quando frustrados os meios instrutórios para esclarecimento do *thema probandum*. O ônus da prova não é uma alternativa, mas uma solução para a falta de alternativa no plano instrutório, é caminho subsidiário e do momento decisório, não do momento probatório.<sup>689</sup>

<sup>688</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 138.

<sup>689</sup> William Santos Ferreira, *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 215.

Entretanto, mais uma vez ponderamos que, no caso de inversão judicial dos ônus probatórios sem previsão legal, e diante do atual panorama normativo acerca do ônus da prova, entendemos mais prudente, livre de vícios, de causas ensejadoras de recursos infinitos, e sem objeção legal ou prática, a inversão dos ônus probatórios em momento anterior ao julgamento.

No caso da ação de alimentos, regida por lei especial, de procedimento sumário, entende-se que a decisão de inversão do ônus da prova deve se dar logo no início da audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, após a tentativa infrutífera de conciliação e com a apresentação pelo réu de sua contestação, em que exporá seus motivos acerca do pedido do autor ou determinação judicial de inversão do ônus probatório. Ou seja, anteriormente à fase instrutória do feito.

Entretanto, se o réu-alimentante ofertar sua manifestação quanto à inversão requerida/determinada, antes da audiência, visto que intimado sobre a questão quando de sua citação, deverá o julgador decidir acerca da inversão também antes da audiência designada, para que a ela vá o requerido preparado para a produção das provas a ele imputadas, ou o autor ciente de que deverá provar todos os fatos constitutivos de seu direito, se o caso.

Todavia, no caso de surgirem ao longo da demanda causas supervenientes que impeçam ou dificultem a realização da prova, necessário que o julgador novamente analise a questão, redistribuindo os ônus, se o caso, podendo isto se dar até o final da instrução probatória, pois, como se extrai do art. 10 da Lei 5.478/1968, poderá a audiência na ação de alimentos não ser concluída em um único dia, podendo surgir novos fatos entre suas designações.

Para Suzana Santi Cremasco,

[...] a alteração superveniente nas circunstâncias de fato ou de direito que nortearam a distribuição inicial do ônus da prova entre os litigantes com base na teoria da carga dinâmica e que dificultem sobremaneira ou inviabilizem a produção da prova e o cumprimento do encargo não só

autoriza, mas torna imperativa a revisão da repartição do ônus entre os litigantes, enquanto não encerrada a instrução.<sup>690</sup>

A finalidade primordial da distribuição dinâmica do ônus probatório é a efetiva realização da prova necessária ao deslinde da questão, à busca da verdade real. Assim, sempre que necessário, presentes os critérios, deverá o juiz rever a distribuição do ônus, seja legal, seja uma inversão antes realizada, de modo a possibilitar a obtenção da prova nos autos.

Nesse caso, deverá o julgador estudar o cenário das partes e verificar qual delas, ante a nova circunstância, terá melhores e mais fáceis condições de produzir aquela prova.

No caso de ambos os litigantes encontrarem-se com dificuldades de produzir a prova, entende Suzana Cremasco ser necessário adotar a regra legal de distribuição do ônus da prova:

[...] nessa hipótese, entendemos que deverá suportar os efeitos da eventual ausência ou insuficiência de provas a parte a que, por força de disposição expressa em lei, deveria arcar com o encargo ou, no caso do direito brasileiro, o autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e o réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.<sup>691</sup>

Isto em virtude da impossibilidade do *non liquet*, que impede um julgamento por ausência de provas, sem decidir a lide.

Entretanto, Artur Carpes traz solução diversa e interessante.

Para o autor, no caso acima descrito, quando a prova de determinado fato se mostrar difícil ou impossível a ambas as partes, deve o julgador reduzir “o módulo de prova, para permitir, por exemplo, convicção baseada em simples verossimilhança”,<sup>692</sup> posto que não se podem confundir os modelos de constatação, ou seja, os graus de suficiência de prova

<sup>690</sup> Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 92.

<sup>691</sup> Idem, *ibidem*, p. 93.

<sup>692</sup> Artur Carpes, *Ônus dinâmico da prova*, p. 102. Ver também p. 99-103.

em razão das necessidades do direito material, com a dinamização dos ônus probatórios. Por exemplo, a prova da verossimilhança da alegação na tutela antecipada possui grau diverso da prova nas ações de improbidade administrativa, com significativa carga penal. Contudo, em ambos os casos os ônus probatórios podem ser dinamizados, a fim de obter a prova, de maneira mais fácil, imediata e completa.

Portanto, a inversão do ônus probatório em nada influencia a posterior valoração das provas produzidas. Apenas depois desta valoração, e, se necessário, ou seja, caso o julgador não se encontrar convencido dos fatos mediante as provas produzidas, é que ele utilizará, como regra de julgamento, as regras sobre o ônus da prova e o modo como ele foi distribuído nos autos.

Concluindo, sendo improdutiva a inversão do ônus probatório, visto que, em relação a determinada prova, ambos os litigantes possuem dificuldade ou impossibilidade em produzi-la, deve o magistrado reduzir o grau de suficiência desta prova, contentando-se com a mera verossimilhança das alegações. Trata-se de entender esta prova como suficiente dentro do contexto em que está inserida.

Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça.<sup>693</sup>

---

<sup>693</sup> “Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de reparação de danos materiais e compensação por danos morais. Consumidora do anticoncepcional ‘Diane 35’ que engravidou, de forma indesejada, durante a utilização do produto em face de defeito deste, porque cartelas com 20 comprimidos, ao invés de 21, foram colocadas no mercado. A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu especificamente uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médicos de cultura do país. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas de sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu de uma prova existente para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor. Se for negada a suficiência da prova relativa ao consumo reiterado do produto como sustentáculo para conclusão do Tribunal, restará, apenas, a opção de acolher em seu lugar uma presunção de que a consumidora teria proposto a ação para se aproveitar daquele receituário e de uma situação pública de defeito no produto, fazendo-se passar por vítima do evento sem sê-lo. Assim, trocar-se-ia uma conclusão resultante da análise de uma prova evidente, da realidade dos fatos e dos princípios jurídicos aplicáveis, por uma outra presunção isolada que depende da indevida inserção de um qualificativo doloso à pretensão da autora [...]” (STJ, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 918.257/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 03.05.2007, DJ 23.11.2007, p. 465).

#### 4.2.4 Inversão do ônus econômico-financeiro

A inversão do ônus da prova também obriga o réu ao pagamento das despesas processuais decorrentes da realização da prova.

Rizzatto Nunes leciona que, “uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual”.<sup>694</sup>

Isso decorre de uma lógica, visto que o ônus econômico-financeiro *acompanha* o ônus de provar. Quem realiza a prova, mesmo que por ordem da lei ou do magistrado, deve custeá-la.

Invertendo-se os ônus da prova, inverte-se, como o próprio nome sugere, *todos os ônus* atinentes a esta atividade.

Entende o Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai da jurisprudência desta Corte, que, uma vez invertido o ônus probatório, desincumbe-se o autor do dever de realizar aquela prova, restando a seu favor a presunção do fato alegado, dependente da prova invertida. Tal ônus passa a ser do réu. Caso este opte pela realização da prova necessária, deverá arcar com sua produção, inclusive com seus custos. Caso opte pelo não pagamento dos custos da prova, ou seja, o que acarretará a não realização da prova, deverá arcar com os ônus de sua inércia, como sempre ocorre.

Vejamos alguns exemplos:

Processual civil. Inversão do ônus da prova. Extensão. Honorários periciais. Pagamento. Perícia determinada de ofício. Autor beneficiário da justiça gratuita. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se a questão de inversão do ônus da prova acarreta a transferência ao réu do dever de antecipar as despesas que o autor não pôde suportar. 2. *A inversão do ônus da prova, nos termos de precedentes desta Corte, não implica impor à parte contrária a responsabilidade de arcar com os custos da perícia solicitada pelo consumidor; mas meramente estabelecer que, do ponto de*

<sup>694</sup> Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumido*, p. 221.

*vista processual, o consumidor não tem o ônus de produzir essa prova. 3. No entanto, o posicionamento assente nesta Corte é no sentido de que a parte ré, neste caso, a concessionária, não está obrigada a antecipar os honorários do perito, mas se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (REsp 466.604/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, e REsp 433.208/RJ, Min. José Delgado). 4. Por fim, prejudicado o pedido de antecipação de tutela, em vista da não obrigatoriedade de pagamento, pela concessionária, dos honorários periciais. Agravo regimental parcialmente provido (STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, AgRg no REsp 1042919/SP, 2008/0065853-1, Min. Humberto Martins, j. 05.03.2009, DJe 31.03.2009) (grifo nosso).*

E ainda:

Processual civil e administrativo. Ação declaratória de inexistência de débito. Serviço de esgoto sanitário. Inversão do ônus da prova. Violação de dispositivo constitucional: descabimento do especial. Fundamentação deficiente: Súmula 284/STF. Controvérsia fática: Súmula 7/STJ. 1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional. 2. Recurso deficientemente fundamentado no que diz respeito ao art. 125, I, do CPC porque não indicou, com clareza e precisão, as teses jurídicas a respeito das quais o Tribunal estava obrigado a emitir pronunciamento. 3. Hipótese em que não se discute a natureza da relação existente entre a concessionária de serviço público e o particular, cingindo-se a discussão sobre a inversão do ônus da prova. 4. Acórdão que, reconhecendo tratar-se de relação de consumo, a verossimilhança das alegações do autor e sua hipossuficiência em relação à concessionária de serviço público, deferiu a inversão do ônus da prova. Constatação de ofensa à lei federal, para afastar as premissas adotadas pelo Tribunal *a quo*, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. *A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, em se tratando de relação de consumo e sendo hipossuficiente o autor, cabível a inversão do ônus da prova, o que não tem o efeito de obrigar a parte contrária arcar com o custo da prova requerida pelo consumidor. Entretanto, o réu sofre as consequências processuais advindas de sua não produção, ou seja, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.* 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido” (STJ, 2.<sup>a</sup> Turma, REsp 871350/RJ, 2006/0165338-6, Min. Eliana Calmon, j. 13.05.2008, DJe 26.05.2008) (grifo nosso).

É certo que a inversão ora estudada acarreta a inversão de todos os ônus decorrentes da produção probatória, neles incluídos os ônus econômico-financeiros.

Logo, invertido o ônus probatório, caberá ao alimentante a produção da prova de determinado fato, devendo, com isso, arcar com *todos os custos* e incidentes deste ônus, dado que *a inversão é total*, de todos os ônus da produção probatória, e não apenas dos efeitos de sua não realização.

#### 4.2.5 *Abrangência*

As normas positivadas acerca do ônus da prova preexistem, e, se forem aptas a gerar um arcabouço probatório capaz de produzir um resultado justo e eficaz no processo, elas não serão afastadas.

Assim, a inversão do ônus probatório pode se dar em relação a um conjunto de fatos ou apenas quanto a uma alegação fática.

Leciona Jorge Peyrano que a inversão do ônus probatório funciona, geralmente, em relação a determinados fatos ou circunstâncias, e não em relação a todo o material fático. “Isso implica que tal aplicação não acarreta um deslocamento completo dos ônus probatórios, mas tão somente parcial, conservando-se à outra parte a imposição de certos esforços probatórios.”<sup>695</sup>

Cabe ao magistrado, analisando o caso em lide, verificar e atribuir à parte que possua melhores condições o ônus probatório daquele, ou daqueles, determinados fatos, individualizando-os.

O magistrado não fica adstrito a critérios abstratos e genéricos de distribuição do ônus da prova, devendo se pautar pelas regras de experiência e senso comum para verificar quem teria maiores facilidades de produzir determinada prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório.

Assim, por exemplo, ao genitor é mais fácil produzir a prova de quanto ele próprio percebe de rendimentos mensais, enquanto ao filho que com ele não possui contato, tampouco sabendo em que e onde o alimentante exerce atividade remunerada, esta prova é impossível ou extremamente dificultosa. No entanto, ao autor é possível e de maior facilidade a produção de provas acerca de suas necessidades, quando não incidente a presunção

---

<sup>695</sup> Jorge W. Peyrano, *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, p. 95 (tradução livre).

legal decorrente do dever de sustento. Logo, os ônus probatórios ficam repartidos entre autor e réu, invertendo-se apenas aquela prova de difícil ou impossível realização por quem inicialmente cabia o encargo, e de maior facilidade ao litigante contrário, de acordo com os requisitos acima estudados.

#### 4.2.6 Recurso

Da decisão que inverte ou não os ônus probatórios, bem como da decisão acerca da inversão do ônus econômico-financeiro da prova, se prolatada em virtude de provocação da parte (visto que, em regra, invertido o ônus da prova, a inversão do ônus econômico-financeiro é consequência), cabível a interposição de recurso, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Tratando-se de *decisão interlocutória*, que decide questão incidental, de procedimento, relativa à produção probatória, cabível a interposição do *recurso de agravo*.

De acordo com o previsto no art. 522 do Código de Processo Civil, primeira parte, o recurso deverá ser interposto em sua forma retida, visto ser esta a regra recursal geral no tocante a decisões interlocutórias, em especial relativamente a decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento, nos termos do § 3.º do art. 523 do Código de Processo Civil.<sup>696</sup>

Como acima exposto, em regra a decisão acerca dos ônus probatórios será proferida na audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, no caso de ações pelo

---

<sup>696</sup> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Art. 523. [...]

§ 3.º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

rito sumaríssimo da Lei de Alimentos, portanto eventual recurso de agravo deverá ser interposto em sua forma retida, oral e imediatamente após a prolação da decisão interlocutória.

Tendo em vista que a sentença deverá ser prolatada nesta mesma audiência, não há que falar em decisão que cause à parte lesão grave ou de difícil reparação, que possibilite a interposição do agravo em sua forma de instrumento, a ser dirigido diretamente ao Tribunal competente.

Isso porque, sendo a sentença proferida de pronto, poderá a parte prejudicada dela recorrer, por recurso de apelação, de imediato, requerendo o conhecimento e julgamento do recurso de agravo retido, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação, nos termos do art. 523 do Código de Processo Civil.

Logo, ante a análise próxima do recurso de agravo retido pelo Tribunal, desnecessária sua interposição na forma de instrumento.

Entretanto, haverá casos, especialmente no rito ordinário, e no rito especial sumaríssimo, por exemplo, quando o juiz decide questões antes mesmo da citação ou anteriormente à audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, em que o juiz proferirá decisão acerca da inversão do ônus da prova anteriormente à audiência, casos estes em que o alimentante, intimado do pedido realizado na exordial ou determinação judicial da inversão, apresenta manifestação por petição anteriormente à audiência (as quais, atualmente, vêm sendo designadas para meses – até seis meses – após a realização do pedido inicial). Nestes casos, deverá o magistrado decidir acerca da inversão dos ônus probatórios também em momento anterior, possibilitando às partes comparecerem à audiência de instrução e julgamento cientes de seus ônus probatórios, como acima exposto.

Portanto, se a decisão judicial puder causar à parte prejudicada lesão grave e de difícil reparação demonstrável, possível a interposição do recurso de agravo na sua forma de instrumento, visto que, ante a data por vezes longínqua da audiência designada, poderá a parte sofrer a lesão descrita, não sendo lícito que reste sem alternativas recursais em curto prazo.

Entretanto, caso o julgador entenda ser a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, ainda que em ações de alimentos, proferindo a decisão de inversão na sentença, tendo em vista ser esta uma decisão final, que põe fim ao processo julgando ou não seu mérito, cabível será o recurso de apelação, nos termos do art. 513 e ss. do Código de Processo Civil.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o discutido neste trabalho enumeramos, a seguir, as principais conclusões a que chegamos:

1. Provar é tentar demonstrar ou verificar a realidade dos fatos quando de determinado acontecimento. Juridicamente, é estabelecer um fato dentro do processo, fato do qual possam decorrer consequências jurídicas, que sirvam para suportar as teses do autor e do réu, influenciando na decisão do julgador, sendo a prova todo elemento destinado a levar ao conhecimento do magistrado a existência ou inexistência de fatos relevantes para o julgamento da causa. Importante observar que o vocábulo prova possui significado plural, podendo designar o ato de provar, os meios ou fontes de prova ou o resultado do procedimento. A finalidade do instituto prova é comprovar a ocorrência ou inoccorrência de determinados fatos dentro do processo, com o fim único de convencer o julgador do alegado; é criar embasamento para a decisão judicial; é meio de as partes darem elementos a favor de suas alegações para que o julgador possa convencer-se de uma ou outra versão dos fatos e formar sua convicção.

2. A prova tem por *destino* o processo, como elemento objetivo. No entanto, seus *destinatários*, elemento subjetivo da classificação, são o julgador, em todos os graus de jurisdição, bem como as partes, os terceiros, todos os que tenham interesse na solução da lide.

3. As regras legais referentes à prova se incluem tanto no direito material quanto no direito processual. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo.

4. Objetos de prova são as alegações controvertidas feitas pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa. O direito, como exceção, deve ser provado apenas nos casos do art. 337 do Código de Processo Civil. Não se trata de provar o direito, e sim sua existência e vigência.

5. O fato alegado, objeto de prova, deve ser controverso, relevante, pertinente, determinado e preciso. Provados serão os fatos em que se fundam a ação (alegações do autor) e a defesa (alegações do réu). Fatos incontroversos devem ser provados por exceção, nos casos em que a causa verse sobre direito indisponível, quando o réu for representado por curador especial ou quando a versão do autor, embora não impugnada, for improvável ou impossível. A característica da notoriedade é relativa, dependendo do tempo, lugar e meio em que é considerada. Deve integrar o patrimônio comum de conhecimento de determinadas pessoas, em determinado tempo e lugar, estes de prolação da decisão judicial e conhecimento dos fatos pelo julgador. Quanto ao *fato negativo*, há certa concordância doutrinária e social de que não há como provar algo que não aconteceu. A omissão prova-se por meio da ação, corroborando-se que o agente agiu de forma diferente da qual era obrigado.

6. Fonte de prova é o fato do qual se serve para deduzir a própria verdade. É tudo o que pode ser útil ao esclarecimento da causa e com ela tenha relação. É exterior ao processo e preexistente a ele. Meio de prova é a atividade do juiz mediante a qual se busca a verdade do fato a se provar; são instrumentos que extraem das fontes de prova sua essência comprobatória da verdade dos fatos, capazes de levar ao julgador o que realmente aconteceu e de que modo, possibilitando-se e facilitando-se um julgamento condizente com a realidade. São meios pelos quais se levam as fontes de prova ao processo. Assim, são internos ao processo e contemporâneos a ele.

7. Máximas de experiência são regras encontradas nas fontes de cultura comum, e se formam com base na repetida experiência de um fato dado, segundo um processo de abstração e de generalização. São regras abstratas porque decorrem de diversas observações sobre fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito; são noções que refletem a reiteração de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.

8. Indício é um fato que em si mesmo não teria pertinência à causa. Entretanto, torna-se fato-base a ser comprovado nos autos porque, com fundamento naquilo que ordi-

nariamente acontece, da sua ocorrência o juiz inferirá a ocorrência daquilo que realmente interessa conhecer.

9. Presunções são meios de facilitação da demonstração de fatos cuja prova seria extremamente difícil ou impossível. As presunções partem de um fato conhecido para chegar a um fato ignorado e tal inferência presuntiva é calcada nas máximas de experiência. São meios de liberação do ônus de provar. A presunção judicial decorre da verossimilhança dos fatos alegados pela parte, formada pela experiência comum do juiz, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece, partindo-se de um fato-base, o qual deve ser comprovado nos autos pela parte a quem aproveita. Trata-se de um raciocínio lógico que gera uma dispensa da realização da prova, visto que o fato alegado, ante a presunção incidente, já se encontra esclarecido. A presunção legal resulta do raciocínio lógico, não do juiz, mas do próprio legislador. Devem estar previstas expressamente, tornando irrelevante a prova dos fatos cujas existência e verdade a própria legislação previamente estabelece. No entanto, deve a quem aproveita a presunção legal fazer prova dos indícios que servem de fato-base para este raciocínio lógico, de modo a demonstrar que se encontra presente a presunção.

10. Quanto ao momento de realização da prova, a prova testemunhal deverá ser colhida em audiência; a prova pericial pode ser realizada em laboratórios, hospitais, repartições públicas etc. ou no local onde se encontra o bem a ser periciado; a prova documental, em regra, deve acompanhar a primeira fala das partes no processo, porém documentos obtidos posteriormente, em virtude de fatos ocorridos também posteriormente, ou no caso de a parte tomar conhecimento da existência do documento posteriormente, ou, ainda, caso o interessado apenas tenha tido acesso ao documento posteriormente, por inúmeras razões, podem ser juntados em momento futuro; já a inspeção judicial, por expressa autorização legal, pode ser realizada a qualquer tempo; o mesmo se diga do depoimento pessoal, quando requerido pelo juiz. Contudo, quando este meio de prova for requerido pelas partes, deverá o depoimento ser prestado em audiência de instrução e julgamento.

11. Quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta; é direta a prova quando diz respeito ao próprio fato discutido em juízo e indireta quando concerne a um outro fato

que, por raciocínio lógico, leva-se a crer que o fato discutido é verdadeiro. No tocante à fonte, a prova pode ser classificada como pessoal ou material. A prova pessoal atesta o consciente e ocorre quando determinada pessoa diz, atesta o que viu, o que sabe; enquanto a prova material, também chamada de real, é aquela que se deduz do estado das coisas. Quanto à forma, temos a prova oral, que engloba a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a confissão; a prova documental, formada por documentos escritos ou não; e a prova material, consistente em qualquer material que sirva de prova do fato, por exemplo, os exames periciais. Quanto à preparação, fala-se em prova pré-constituída e prova casual. Prova pré-constituída é aquela produzida com a finalidade de demonstrar a veracidade de algo, por exemplo, o instrumento público realizado em cartório extrajudicial; já as provas casuais são feitas sem a finalidade de serem utilizadas em juízo, como uma fotografia, uma carta.

12. Pelo princípio da autorresponsabilidade, a parte é responsável pela prova que produz ou deixa de produzir. É com base neste princípio que a lei estabelece o ônus da prova às partes e, em seu art. 333, o Código de Processo Civil distribui tal ônus, a fim de que as consequências da inatividade probatória possam recair sobre aquele que tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu. O princípio da audiência contraditória ou bilateralidade da audiência é o direito à contraprova, direito de manifestação da parte contrária sobre as provas produzidas. Pelo princípio da aquisição processual ou comunhão da prova, toda prova integra o conjunto probatório; a prova pertence aos autos e não ao autor ou ao réu. Uma vez produzida a prova, ela incorpora-se ao processo, sendo, a partir de então, irrelevante quem a produziu. Segundo o princípio da lealdade processual, pode a parte permanecer inerte. A prova não lhe é um dever, uma obrigação, mas um ônus. No entanto, se opta por agir, por produzir prova nos autos, deve fazê-lo com lealdade, boa-fé e verdade. Princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, segundo esse sistema, seguido pelo nosso Código de Processo Civil, o julgador tem a liberdade para valorar a prova, mas deve motivar seu julgamento. Pelo princípio da publicidade, processos são atos públicos, exceção feita às ações em que a lei impõe o segredo de justiça. Princípios dispositivo e inquisitivo. A prova, em regra, é de iniciativa das partes. Contudo, entende-se que o julgador pode determinar a realização de provas de ofício para formar sua convicção. A doutrina brasileira, em sua maioria, ainda defende a incidência em nosso ordenamento do princípio dispositivo,

mas não há como negar a existência, cada vez maior, de uma visão publicista do processo, conferindo-se ao Estado-juiz maiores poderes instrutórios.

13. Os alimentos, antes mero dever moral, foram consubstanciados em dever legal de auxílio às pessoas que deles necessitem, observados certos requisitos. Trata-se do direito de sobreviver com dignidade que todos os cidadãos possuem, direito este que deve ser tutelado pelo Estado e pela sociedade. Pelo conceito legal, alimentos abrangem o sustento, a cura, o vestuário e a casa, além da educação, se o alimentando for menor.

14. Os alimentos naturais são os indispensáveis à subsistência da pessoa, a seu sustento, abrangendo os gastos com alimentação, vestuário, habitação, saúde. Trata-se de conceito mais estrito, abarcando somente o necessário à subsistência do alimentando. Já os alimentos civis são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o mesmo padrão e *status* social do alimentante. É a regra geral. A diferenciação dos alimentos se dá de acordo com a existência ou não de culpa do pretendente aos alimentos quanto ao término do casamento, da união estável, ou quanto ao estado em que se encontra.

15. Quanto à causa jurídica ou seu fato gerador, os alimentos podem provir da lei, chamados, assim, de legítimos; da vontade, denominados voluntários; ou do delito, com nítido caráter indenizatório. No tocante à natureza jurídica, a obrigação alimentar possui um caráter dúplice, qual seja patrimonial e pessoal. Isso se extrai da legislação sobre o tema, visto que o Código Civil inseriu a obrigação alimentar no título referente ao “direito patrimonial” do Direito de Família; mas, cuidando dos “direitos pessoais” do Direito de Família, prevê o dever de mútua assistência entre os cônjuges e o dever de sustento dos filhos. Quanto à finalidade, os alimentos podem ser classificados em provisionais, provisórios ou definitivos.

16. Alimentos definitivos são aqueles estipulados em sentença ou acórdão final. Também assim entendidos os alimentos voluntários, oriundos de contratos ou direito sucessório. Já os alimentos provisionais ou provisórios são fixados no curso do processo, e visam a subsistência da parte alimentanda enquanto pendente a ação. Os alimentos provisórios,

previstos no art. 4.º da Lei 5.478/1968, são os alimentos “definitivos” antecipados à fase postulatória da demanda, como verdadeira tutela antecipada. E isso em razão da prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar que embasam a decisão interlocutória concessiva. Já os alimentos provisionais independem desta prova previamente constituída, tendo por finalidade custear a subsistência do postulante e a demanda em si, observados os requisitos das cautelares em geral para sua concessão, além dos requisitos específicos de necessidade do reclamante e possibilidades do obrigado.

17. Dentre as características dos alimentos, podemos destacar serem pessoais e intransferíveis, irrenunciáveis, intransacionáveis, incomensuráveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrepetíveis, variáveis, recíprocos e periódicos.

18. É requisito básico da obrigação alimentar a presença, concomitante, de necessidades por parte do alimentando e possibilidades do alimentante, mensuráveis ante o princípio da proporcionalidade.

19. A ação de alimentos é regida pela Lei 5.478/1968, possuindo rito procedimental sumário especial, legislação esta conhecida como “Lei de Alimentos”. É aplicada aos casos em que as legitimidades ativa e passiva não necessitem de prova, devendo estar pré-constituídas, com prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar.

20. Atenta ao trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade e à característica de variabilidade de tais requisitos, a lei prevê a possibilidade de revisão ou exoneração do encargo alimentar. Nos termos do art. 1.699 do Código Civil, havendo alteração destes requisitos, ou de apenas um deles, é possível, a qualquer tempo, a revisão do valor da obrigação alimentar. A ação revisional e exoneratória de alimentos seguem o rito previsto na Lei de Alimentos, nos termos do disposto em seu art. 13, devendo ser propostas no foro de domicílio do alimentando, conforme determina o art. 100, II, do Código de Processo Civil. A obrigação alimentar também pode ser discutida em ações de investigação de paternidade/maternidade, em que possível o surgimento do vínculo de parentesco determinante da obrigação alimentar, no divórcio ou reconhecimento e dissolução de união estável, pois devidos

alimentos entre os cônjuges e companheiros, e também em ações civis ou coletivas que discutam reparações indenizatórias em virtude do cometimento de atos ilícitos.

21. Pela ação de oferta de alimentos, prevista no art. 24 da Lei 5.478/1968, a parte responsável pelo sustento da família e que deixar a residência comum por motivo que não necessitará declarar poderá tomar a iniciativa de comunicar ao juízo os rendimentos de que dispõe e de pedir a citação do credor para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigado.

22. Quanto aos meios de prova passíveis de produção nas ações que envolvam prestação de alimentos, as regras são aquelas previstas no Código de Processo Civil, aplicáveis aos procedimentos comuns. De modo especial, prevê a Lei de Alimentos, em seu art. 5.º, § 7.º, que o juiz, ao marcar a audiência de tentativa de conciliação, instrução e julgamento, oficiará ao empregador do réu, ou, se este for funcionário público, ao responsável por sua repartição, solicitando o envio, no máximo até a data marcada para a audiência, de informações sobre o salário ou os vencimentos do devedor. Tal documento tem por finalidade fazer prova das condições econômicas do alimentante, de modo a embasar a decisão judicial. Ainda, a doutrina admite a solicitação de extratos bancários do alimentante (em especial pelo sistema Bacen-Jud), movimentação de cartão de crédito, a requisição de cópias de declarações de imposto de renda (pelo sistema Info-Jud), a realização de prova pericial em livros contábeis, a expedição de ofícios ao Detran, cartórios de registro de imóveis, entre outros, tudo com a finalidade de perquirir adequadamente as possibilidades do alimentante.

23. De modo a organizar e reger a atividade probatória das partes, bem como o modo de decidir do juiz na ausência de provas, prevê a lei as regras sobre o ônus da prova, que identificam quem tem interesse jurídico em que resultem comprovados determinados fatos no processo.

24. Ao prever as normas sobre ônus da prova, determinando a quem cabe a prova de cada fato, adota o Código de Processo Civil brasileiro uma concepção estática, pré-distribuída do ônus da prova, levando em consideração a posição das partes no processo e

a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões e exceções, de modo a garantir pretensa segurança jurídica, ou seja, segurança às partes, que de antemão sabem seus deveres, e segurança ao julgador e à sociedade, uma vez que previamente encontra-se fixada regra abstrata a ser seguida pelo juiz no caso de as alegações não se encontrarem suficientemente comprovadas nos autos.

25. O ônus subjetivo trata de regra de comportamento, de conduta das partes na atividade probatória, que dita quem tem interesse jurídico em provar o que. A lei atribui ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, em regra.

26. Tendo em vista a proibição do *non liquet* em nosso ordenamento, o juiz deve julgar mesmo que os fatos não se encontrem suficientemente provados. O ônus objetivo entra em campo quando há uma insuficiência probatória e impõe a regra de julgamento ao magistrado desfavorável àquele que tinha o encargo de produzir provas, mas dele não se desincumbiu.

27. A inversão do ônus da prova advém do caráter publicista do processo civil atual, buscando garantir o acesso efetivo à ordem jurídica e à justiça das decisões, mediante a atribuição de funções isonômicas às partes, desonerando-as da realização de provas impossíveis ou extremamente difíceis, porém realizáveis pela parte contrária não onerada inicialmente, na tentativa de obter o melhor resultado possível por meio de amplo e completo conjunto probatório. Tal inversão pode se dar em razão de previsão legal expressa ou por decisão judicial no caso concreto.

28. De acordo com a teoria da parcialidade positiva do juiz, é esperada uma postura de natureza positiva por parte do magistrado, aproximando a atividade jurisdicional à concepção de um processo justo e equo, devendo o juiz levar em consideração na condução e decisão da lide todos os interesses envolvidos na relação jurídica processual, principalmente no que concerne às diferenças sociais, econômicas e culturais das partes, superando-se, desta forma, a visão estritamente subjetivista da imparcialidade que tende a visualizar neste prin-

cípio apenas deveres e proibições em face da pessoa do juiz. Somente assim o magistrado poderá reduzir a marginalização e os efeitos negativos das diferenças materiais das partes, proferindo decisões realmente justas.

29. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, de origem argentina, trata-se de uma nova doutrina que propõe a flexibilização da rigidez com que as regras sobre os ônus da prova se apresentam no ordenamento jurídico atual. De acordo com esta teoria, a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. O encargo probatório será determinado pelo magistrado caso a caso, a partir do exame e do cotejo das circunstâncias peculiares àquela lide em análise e das condições das partes envolvidas, tendo por finalidade reproduzir nos autos os fatos da realidade, do modo mais próximo possível ao que realmente ocorreu, para a obtenção de uma decisão justa, consentânea com o direito material e com os ditames constitucionais.

30. Os critérios para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios são a existência de dificuldade ou impossibilidade de realização da prova por aquele a quem a lei, estática, abstrata, geral, impõe tal dever; e a maior facilidade ou melhores condições do outro litigante em realizar tal prova.

31. Por meio da análise de artigos como o 333, parágrafo único, 355 e seguintes, 130, 339, 331, § 2.º, e 125, I, do Código de Processo Civil, art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e do princípio dispositivo mitigado, princípio da isonomia e dos poderes instrutórios do juiz, podemos verificar a incidência da ideologia das teorias examinadas no ordenamento jurídico nacional. Ainda, o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, bem como o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro, adotam as teorias apresentadas, além de sua utilização pela jurisprudência atual.

32. O Código de Defesa Consumidor é resultado de um longo processo evolutivo da sociedade, em especial da sociedade de consumo. Trata-se de um código de normas de ordem pública e interesse social que reconhece o consumidor como parte vulnerável na relação de consumo, detentor de direitos básicos, impõe série de vedações ao mercado de consumo,

sendo um sistema que inclui mecanismos jurídicos de facilitação da defesa do consumidor em juízo, entre eles a possibilidade de inversão do ônus da prova.

33. São requisitos para a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor a verossimilhança das alegações, ou seja, as alegações feitas no processo devem ser plausíveis, devem conter mais do que meros indícios do direito, o direito invocado deve estar minimamente demonstrado; a hipossuficiência do consumidor, que indica que o consumidor deve demonstrar-se incapaz de realizar a prova de seu interesse, necessária a seu direito. O requisito da hipossuficiência possui aspecto estritamente processual. Tanto a hipossuficiência como a verossimilhança das alegações é apurada segundo as regras ordinárias de experiência. Trata-se de requisitos cumulativos, havendo grande divergência doutrinária sobre o tema.

34. A inversão dos ônus da prova no direito consumerista deve se dar quando da prolação da sentença pelo juiz, sendo esta uma regra de julgamento, embora haja grande controvérsia sobre o tema. A inversão do ônus da prova também obriga o fornecedor ao pagamento das despesas processuais decorrentes da realização desta prova.

35. Os princípios da isonomia (reconhecida a desigualdade na relação fática, desigualdade esta sempre transladada ao processo e que dificulta, ou até mesmo impossibilita, a completa, correta e eficaz instrução processual, em seu sentido mais amplo, de rigor que o aplicador do direito, utilizando-se das normas legais disponíveis, supra tais disparidades, trazendo ao caso o princípio constitucional da isonomia, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida desta desigualdade), do acesso à ordem jurídica justa (tutela efetiva engloba uma tutela adequada, célere e eficaz, tendo-se o processo como instrumento de realização do direito) e da solidariedade e cooperação (quando há real e intensa colaboração entre os sujeitos do processo na busca pela justa solução da lide e o acesso à ordem jurídica justa. Trata-se de verdadeira integração entre o magistrado e as partes, para a elaboração do mais adequado provimento jurisdicional à causa controvertida), entre outros, justificam a inversão do ônus da prova nas ações de alimentos.

36. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da ascensão de novos princípios de cunho democrático, o Código de Processo Civil, de 1973, precisou ser adaptado à nova ordem de ideias e de normas.

37. A disciplina do ônus da prova trazida pelo art. 333 do Código de Processo Civil não é suficiente para atingir os novos anseios sociais, em especial a busca por uma participação mais ativa do juiz no processo, o dever de lealdade e colaboração entre as partes e a busca pela verdade real para a aplicação da norma com justiça.

38. Fala-se em prova diabólica quando é extremamente difícil, ou até mesmo impossível, a realização da prova por aquele a quem incumbe seu ônus legal, vedando-se o seu acesso à justiça, ou, mais, a uma ordem jurídica justa. Nestes casos, constitui dever do magistrado dinamizar o ônus da prova, adequando-o à situação concreta, de modo a preservar o direito fundamental das partes à prova.

39. Do mesmo modo que ocorre na relação consumerista, também nas relações travadas nas ações de alimentos observamos uma desigualdade material transposta ao processo, bem como a característica de vulnerabilidade de uma das partes, que pode ser sanada, ou ao menos diminuída, com a inversão dos ônus probatórios, distribuindo-se ao litigante com melhores condições a prova que antes cabia ao litigante impossibilitado ou com extrema dificuldade de produzi-la.

40. Critica-se o fato de o alimentando ter que provar as possibilidades econômicas de o alimentante prestar-lhe alimentos, isto porque, em inúmeros casos, este trabalha como autônomo, profissional liberal, de forma que se tem por impossível que um terceiro venha a provar seus ganhos, tratando-se, assim, de autêntica prova diabólica. De outro lado, ainda que o alimentante trabalhe devidamente empregado, não são raros os casos em que vem a receber rendimentos superiores ao constante na carteira de trabalho ou folha de pagamento, ou, ainda, em que acumula outro trabalho, formal ou informal, com significativo sobrelevo da renda, sem que isso venha a ser possível ao conhecimento do alimentando.

41. Deve ser adotado, pois, o entendimento de que o ônus da prova das possibilidades do alimentante-réu, quando a discussão recaia sobre pensão alimentícia, é da pessoa obrigada a pagar os alimentos, pois aquele que os recebe, na maioria das vezes, não tem condições de demonstrar qual a real condição financeira do alimentante.

42. Quando tratamos de alimentos devidos a filhos menores e incapazes, a necessidade destes é presumida, ante sua patente e legal impossibilidade de trabalhar para prover o próprio sustento, bem como presumida é a mínima possibilidade do genitor em prestar alimentos, ante o princípio da paternidade responsável. Trata-se de uma presunção judicial.

43. A própria lei reconhece a desigualdade entre as partes nas ações que envolvam questões alimentares, tanto que prevê regras especiais favoráveis ao alimentando, como o foro especial para a propositura de ações, lei especial para as ações de alimentos com procedimento célere, e doutrina e jurisprudência já reconhecem a necessidade e possibilidade de inversão dos ônus probatórios nestas ações.

44. O Código de Defesa do Consumidor e as ações de alimentos tratam de situações similares, que necessitam ter soluções também similares. Assim, possível extrair do Código de Defesa do Consumidor conceitos e principiologia próprios, aplicáveis a situações outras, reconhecida a similitude de ideias e objetivos.

45. Prevendo o Código de Processo Civil, em seu art. 333, parágrafo único, ser nula a convenção que distribui de maneira diversa os ônus probatórios quando torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, no caso dos incisos I e II do mesmo dispositivo levar a esta mesma situação de dificuldade, por coerência sistêmica, de rigor a alteração deste ônus probatório.

46. Mesmo utilizando-se de seus poderes instrutórios e determinando a realização de provas de ofício, importante que o magistrado inverta os ônus probatórios, imputando ao alimentante-réu o dever de provar suas possibilidades, uma vez que tal inversão pode acarretar efeitos quando do julgamento da causa, ante a vertente objetiva do ônus da prova.

47. São requisitos para a inversão do ônus da prova nas ações de alimentos: a vulnerabilidade do alimentando, sendo característica de direito material, ínsita a todos os que requerem alimentos, a existência de dificuldade ou impossibilidade de realização da prova por aquele a quem a lei, estática, abstrata, geral, impõe tal dever (hipossuficiência); e a maior facilidade ou melhores condições do outro litigante em realizar tal prova, pois não há como defender que ao alimentante é difícil demonstrar sua renda mensal e sua situação econômica atual.

48. Quanto à necessidade de pedido de inversão do ônus da prova nas ações alimentícias, tem-se que poderá ser aplicada nos autos pelo juiz de ofício, no uso de seus poderes instrutórios, quando presentes os requisitos da inversão, ou requerida pela parte interessada na inversão, mediante razoável explicação acerca de sua dificuldade ou impossibilidade na produção daquela prova e maior facilidade da parte contrária, ou seja, demonstrando-se a ocorrência de seus requisitos verificadores. Uma vez constatada a presença dos requisitos legais, o juiz deve inverter o ônus, visto ser um direito do alimentando para facilitação da defesa de seus interesses, por ser considerado pessoa vulnerável.

49. Em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deverá o magistrado, antes de decidir acerca da inversão dos ônus probatórios, abrir prazo para manifestação da parte contrária, a fim de que, por exemplo, o litigante demonstre que não possui condições de produzir a prova necessária, apresentando suas motivações, em especial, a inexistência dos requisitos ensejadores da inversão.

50. No caso das ações de alimentos, as regras sobre ônus da prova, em especial sua inversão, são regras de atividade, visto não estarem previamente previstas em lei, de modo a não criar insegurança e surpresa às partes, respeitando-se os princípios do contraditório e ampla defesa.

51. A decisão sobre a inversão dos ônus probatórios deve se dar em momento imediatamente anterior ao início da fase instrutória do processo, possibilitando às partes produzir, em momento oportuno, a prova devida.

52. Invertido o ônus probatório, caberá ao alimentante a produção da prova de determinado fato, devendo, com isso, arcar com todos os custos e incidentes deste ônus, uma vez que a inversão é total, de todos os ônus da produção probatória, e não apenas dos efeitos de sua não realização.

53. A inversão do ônus probatório pode se dar em relação a um conjunto de fatos ou apenas quanto a uma alegação fática.

54. Da decisão que inverte ou não os ônus probatórios, bem como da decisão acerca da inversão do ônus econômico-financeiro da prova, por tratar-se de decisão interlocutória que decide questão incidental, de procedimento, relativa à produção probatória, cabível a interposição do recurso de agravo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIRASCA, Ivania María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ALEXANDRIDIS, Georgios J. I. B. Questionamentos sobre a prova no processo coletivo. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coord.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio da igualdade e o direito processual civil*. 2001. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- . *Prova judiciária no cível e no comercial*. 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 1.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.
- BARBERIO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverenza. O incidente de resolução. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, jan.-mar. 1985.
- . Alguns problemas atuais da prova civil. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- . La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, out.-dez. 1986.
- . Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- . *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- . *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos artigos 125 a 133. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- . *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1994.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Prof. Arruda Alvim, v. 8.)
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

- ; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. 1. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alacalá Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Princípio do juiz natural. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2.<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- COSTA, Gislene Barbosa da. Ações dúplices e pedido contraposto. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=102>>. Acesso em: 17 out. 2011.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, 2001.

- DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2.<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- . *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988. t. 1.
- . ———. 6. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1988. t. 2.
- FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias: de acordo com a Lei n.º 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei n.º 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. 2008. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coord.). *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, jan.-mar. 1995.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. A prova dinâmica no direito de família. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/318-artigos-mar-2011/7922-a-prova-dinamica-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 25 ago. 2011.
- . *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- 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 diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. 1. ed. 1.ª reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: renovar, 2004

LIMA NETO, Francisco Vieira; CASAGRANDE, Layra Francini Rizzi. *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. São Paulo: RT, 1999.

———. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, n. 35.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da efetividade. In: ———; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2.ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

———. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. 2.ª tiragem. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

- . Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br>>. Acesso em: 15 set. 2011.
- ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.
- ; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: RT, 2010.
- MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A produção da prova no direito processual: o alcance e os limites do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo Código de Processo Civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC, com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

———. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2.<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

———; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Princípio da isonomia. In: ———; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2.<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. 2.<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.).

*Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Teoria geral dos alimentos. In: ———; CAHALI, Francisco José (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. 1. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica. In: ———; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

———. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 185.

———. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: ———; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008

———; CHIAPPINI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: ———; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

———; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 161-272*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. III.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo – a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Proces-*

*so e constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. 2. ed. em castellano. Buenos Aires: Editora B de F., 2002.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *Inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

SCARTEZZINI FILHO, Cid Flaquer. *Inversão do ônus da prova como regra de exceção no código de defesa do consumidor: momento e aplicação*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Artur Cesar de. Análise dos casos judiciais sob a óptica do princípio da “parcialidade positiva do juiz”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 180.

———. A parcialidade positiva do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009.

TEPSICH, María Belén. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito civil, v. 6.)

VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. 1. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 76.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. Rito processual na prestação alimentar, litisconsórcio e tutela antecipada. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. 1. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. 1. ed. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil – modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

———. *O ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização: a teoria da carga dinâmica da prova*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

ZARIF, Claudia Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.