

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO

ELISA DE TAGLIALEGNA MARQUEZ

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC E AS AÇÕES
REVISIONAIS DE ALIMENTOS**

Uberlândia

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO

ELISA DE TAGLIALEGNA MARQUEZ

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC E AS AÇÕES
REVISIONAIS DE ALIMENTOS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia)
apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito, pela
Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade
de Direito, *campus* Santa Mônica, sob a
orientação do Prof. João Victor Rozatti Longhi,

Uberlândia

2017

AGRADECIMENTOS

À minha família e amigos, por todo o suporte, amor e incentivo e à todas as minhas relações, que me permitiram chegar onde estou.

Um agradecimento especial ao meu orientador, por toda calma, apoio e dedicação durante este trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	7
1 - ÔNUS DA PROVA	9
1.1 As funções subjetiva e objetiva do ônus	11
1.1.1 Função Subjetiva do Ônus da Prova	12
1.1.2 Função Objetiva do Ônus da Prova.....	14
1.2 Teoria da distribuição estática do ônus da prova	16
1.2.1 A distribuição estática e a Constituição Federal de 1988	20
1.3. A distribuição dinâmica do ônus da prova.....	23
1.3.1 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973.....	25
1.3.2 A dinamização no Novo Código de Processo Civil	28
2 - O ÔNUS DA PROVA DA AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS	33
2.1 Conceito de alimentos e pressupostos da obrigação alimentar	33
2.2 Do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade	35
2.3 O ônus da prova nas ações de alimentos	37
3 - O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES REVISIONAIS QUE PLEITEIAM A MAJORAÇÃO DO	
QUANTUM ALIMENTAR.....	38
3.1 A regra geral do ônus da prova nas ações revisionais que pleiteiam a majoração do <i>quantum</i> alimentar: do ônus estático	38
3.2. A regra geral do ônus da prova nas ações revisionais que pleiteiam a majoração do <i>quantum</i> alimentar: do ônus dinâmico	42
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	51

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova nas ações revisionais de alimentos que pleiteiam a majoração do *quantum* alimentar e suas repercussões, diante do advento do Novo Código de Processo Civil (2015).

O tema foi elaborado diante da inadequação da regra geral estática de distribuição do ônus frente às peculiaridades existentes nas demandas de família e, em especial, nas ações de alimentos.

Para tanto, será analisado o instituto do ônus da prova, suas principais características e as teorias acerca da sua distribuição. Em seguida, será aprofundada a aplicação do ônus nas ações alimentares, com atenção à revisional de alimentos, examinando-se o emprego de cada teoria à luz das garantias fundamentais e a repercussão da Teoria Dinâmica do ônus da prova nessa ação como garantia de um processo constitucional justo e efetivo.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to study the application of the Dynamic Theory of the Burden of Proof in the revisionals of alimonies actions that plead an increased on the value of the pension *quantum* and its repercussions, after the advent of the Code of Civil Procedure (2015).

The theme was elaborated because of the inadequacy of the general static burden of proof in face of the peculiarities existent in family law demands and especially in the alimony actions.

In order to do so, it will analyze the institute of the burden of proof, its main characteristics and the distribution theories. Then, it will focus on the application of the burden on the alimony actions, with attention to the actions that plead the increased of the pension, examining the use of each theory under the prism of the fundamental and constitucional rights and the repercussion of the dinamic burden of proof in this action as a guarantee of a fair and effective process.

Palavras Chaves: Ônus da Prova – Direito Processual Civil – Teoria Dinâmica do Ônus da Prova – Direito de Família - Ação de Alimentos - Ação Revisional de Alimentos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o cabimento da aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova com o advento do Novo Código de Processo Civil e sua repercussão nas ações revisionais de alimentos que pleiteiam a majoração do *quantum* alimentar.

Antes do advento do Código de Processo Civil, em 2015, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova era uma construção doutrinária e jurisprudencial, sob a qual inúmeros doutrinadores e pensadores teciam críticas e análises, quanto à licitude e admissibilidade de sua utilização no ordenamento pátrio. Agora, descabe a discussão quanto à possibilidade de aplicação do referido instituto, em razão de sua previsão no art. 373, §1º e ss. do CPC/15. Não obstante, ainda é imperioso analisar as características fáticas e processuais da aplicação da teoria.

A prova é um dos mais importantes institutos jurídicos do ordenamento pátrio. Por meio dela, busca-se alcançar a verdade real dos fatos durante o procedimento, com vistas à efetividade processual, à garantia dos direitos fundamentais e à concretização do direito. É um fator indispensável para o efetivo acesso à justiça.

O fim último da prova é permitir às partes que contribuam para a convicção do juiz mediante sua produção probatória, utilizando a prova como meio para atestar a validade e a verdade de suas alegações fáticas. Através da produção probatória, alcança-se no processo uma verdade formal, manifesta no objeto de prova insculpido nos autos. Entretanto, nem sempre a verdade formal condiz com a verdade substancial.

No ordenamento atual, nota-se que a regra geral adotada, qual seja a da distribuição estática, mostra-se insuficiente em algumas situações, como quando as particularidades do caso *sub judice* geram obstáculos intransponíveis às partes, resultando em uma prova diabólica, extremamente árdua ou quase impossível de ser produzida. O processo e, por conseguinte, o próprio direito, se vêem em posição de insegurança quanto a sua efetividade e aplicação, e a resolução dos casos concretos resta-se reduzida diante da incapacidade e insuficiência da teoria. É o que ocorre, por exemplo, nas demandas de Direito de Família de cunho alimentar, quando o Autor deve provar a possibilidade econômica do Réu, prova esta revestida de sigilo e pertencente ao núcleo privado deste, a qual ele não possui acesso.

Em momentos como esse, frente a atuação negligente das partes e/ou de situações que impossibilitam a produção probatória, que o Novo Código de Processo Civil se adiantou em relação a insuficiência da teoria estática da distribuição do ônus da prova, prevendo em seu

texto a possibilidade de uma distribuição dinâmica estabelecida pelo magistrado, atuando de forma ativa. Este instrumento se mostra imprescindível nas ações revisionais ao permitir a redistribuição do ônus da prova diabólica do alimentado, parte vulnerável, e atribuindo, agora, o ônus ao Réu de provar a sua (im)possibilidade, por encontrar-se em posição mais favorável a produção da referida prova, que deixa de ser diabólica. O ônus deixa de ser relativo à natureza do fato alegado e à posição das partes.

Conforme o exemplo supracitado, o Direito de Família é um área que possui peculiaridades quando comparada às demais áreas do ordenamento, nela tem-se uma dinamicidade decorrente da ordenação de matérias relativas à seara privada dos indivíduos, que se modifica continuamente. E, por isso mesmo, para se adequar a esta dinamicidade, as provas se revestem de certa peculiaridade, bem como o magistrado, que passa a atuar de forma mais ativa e intervencionista. Nesse sentido, é notório que a regra estática do ônus não se adequa às particularidades das demandas familiares, em vista da sua rigidez e generalização. Por isso, a aplicação da distribuição dinâmica mostrou-se um avanço para esse ramo do direito, permitindo a efetivação dos direitos e princípios constitucionais.

Diante da importância do tema citado, a presente pesquisa busca analisar a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova nas ações revisionais de alimentos. Para tanto, conceituar-se-á o ônus da prova, analisando suas funções e características, abordando suas teorias e particularidades em relação ao ônus. Analisar-se-á, também, o ônus sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 até o advento do atual Código, a repercussão da aplicação das teorias nas demandas familiares e o ônus nas ações de alimentos e revisional de alimentos. Por fim, concluir-se-á com a verificação da aplicabilidade da teoria dinâmica nas demandas revisionais, analisando sua repercussão em tais ações em face dos princípios e garantias constitucionais.

1 - ÔNUS DA PROVA

A prova e os meios utilizados para sua obtenção são imprescindíveis na busca da verdade real, do acesso à justiça e de um provimento jurisdicional justo no processo. Diante disto, ao decorrer dos anos, a doutrina, em especial a estrangeira, buscou de conceituar o ônus da prova frente a sua essencialidade dentro do processo.

O conceito de ônus, conforme será demonstrado, possui autonomia própria e difere-se de outros institutos, como o do dever jurídico e da obrigação, ainda que por muito tempo tratados como sinônimos.

Etimologicamente, a palavra ônus, em latim, *onus*, quer dizer “carga, peso, fardo”, enquanto a palavra prova, do latim, *probo*, por sua vez, significa “ensaiai, examinar, verificar, reconhecer por experiência, julgar, aprovar, demonstrar, provar”. Evidente pela própria acepção da palavra, que o ônus da prova nada mais é do que a carga de se demonstrar e provar determinado fato.

Na seara jurídica, o ônus da prova é o encargo atribuído à parte para que comprovar o suporte fático do direito material alegado. É uma situação jurídica ativa em que se faculta a parte cumprir/realizar determinado encargo ou conduta, com fins a obtenção de um determinado resultado. Nesse sentido, caso almeje influenciar na formação da convicção do juiz acerca do fato controvertido, a parte buscará cumprir seu ônus processual, a fim de que obtenha uma tutela jurisdicional favorável.

A parte se encontra em uma posição ativa em virtude da possibilidade de escolher cumprir ou não o encargo probatório, que é de interesse único e exclusivo seu. Assim, claro o caráter prático do ônus da prova – ao pretender a parte obter um fim previsto previamente em uma norma.

Em melhores termos, o ônus pressupõe a existência de uma conduta facultada à parte e necessária para o alcance de determinado fim no processo. Se não observar a regra de conveniência consubstanciada no ônus probatório, a parte assumirá o risco de ter contra si um provimento jurisdicional desfavorável, uma vez não produzidas provas aptas e necessárias ao convencimento do juiz.

Citando Cândido Dinamarco, Humberto Dalla define o ônus da prova, de forma clara e sucinta, como sendo o “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de

demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse para as decisões que serão proferidas no processo”.¹

Por ser um encargo (conduta determinada) dado à parte para que obtenha determinado resultado (com uma finalidade), o ônus foi e ainda é por muitas vezes confundido com outros institutos, considerando-os até como sinônimo. É o que ocorre com o dever jurídico e a obrigação. Entretanto, tais institutos são distintos, sendo sua diferenciação necessária.

A confusão entre estes institutos é antiga, conforme bem aponta Carnelutti, ao dizer que: “ (...) *na prática frequentemente se confunde, assim como na linguagem ou também no conceito, o ônus com a obrigação (...)*”.², delimitando, ainda, que a diferença entre os referidos institutos reside justamente na consequência acarretada pelo descumprimento destes.

O ônus da prova é um encargo dado a determinada parte. Seu cumprimento é facultado pelo ordenamento e, caso não o realize, a parte assumirá o risco de ter contra si um provimento jurisdicional desfavorável, quando do seu uso como critério de julgamento.

Ou seja, ao final da demanda, em caso de dúvida pelo julgador acerca do provimento jurisdicional a ser proferido, sua decisão se fundamentará no ônus como critério de julgamento, decidindo em desfavor da parte que deveria provar o fato que alegava, mas não o fez. Nítido que o descumprimento do ônus é tolerável pelo ordenamento jurídico e condicionado à vontade da parte, o que o difere do instituto do dever jurídico.

Neste, tem-se também um encargo, uma determinação legal dada à parte para que atue de determinada forma com fins a obtenção de determinado resultado. Entretanto, o referido direciona-se à satisfação de uma relação jurídica entre sujeitos e não apenas na satisfação de um interesse próprio.

Uma vez que o descumprimento do dever ou até mesmo da obrigação acarreta em prejuízo à parte adversa, em clara violação a um preceito legal, o seu descumprimento não é tolerável pelo ordenamento.

¹Cf. CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC: Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 30.

²CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Vol. II. Padova: CEDAM 1933, p. 317.

No caso do dever jurídico, o seu descumprimento é considerado ilícito, o que gera uma situação passiva de sujeição extrema, consubstanciada em uma sanção, seja ela uma penalidade (como a multa) ou a própria execução impositiva e coercitiva do dever em si.

Não é diferente com a distinção do ônus e da obrigação, conforme bem conceitua Rodrigo Garcia Schwarz, transcrevendo Alvim Netto:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento aproveita à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente³.

Logo, depreende-se que no dever jurídico e na obrigação há uma relação entre sujeitos, em que o descumprimento prejudicará a parte adversa, lesando-a em seu direito.

Já no instituto do ônus da prova, em que pese também se constituir em um comando determinado, não há uma relação entre sujeitos, mas apenas um interesse próprio da parte em cumpri-lo para benefício próprio.

Denota-se que o não cumprimento de um encargo probatório não contraria o ordenamento, vez que não prejudica a outrem, sendo considerado lícito. A parte que não observar a regra de conveniência apenas assumirá risco decorrente (eventual utilização do ônus como critério de julgamento), diferentemente do que ocorre com o descumprimento de um dever ou uma obrigação.

Tecido o conceito e a distinção do ônus com os institutos do dever jurídico e da obrigação, é imprescindível explicitar as funções do ônus no processo, que são de duas naturezas, uma objetiva e uma subjetiva.

1.1 As funções subjetiva e objetiva do ônus

O ônus da prova, como dito, pode ter duas funções no procedimento. A primeira é de cunho objetivo, em que se utiliza o instituto como uma regra de julgamento ao juiz

³ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr. 2006.

diante da insuficiência do conjunto probatório presente nos autos. A segunda, por sua vez, possui um cunho subjetivo⁴, em que se utiliza o ônus como um critério de organização da atividade das partes na produção das provas, definindo o seu comportamento durante toda a instrução processual (de acordo com ônus atribuído a cada uma).⁵

1.1.1 Função Subjetiva do Ônus da Prova

A função subjetiva é aquela em que o ônus destina-se a organizar a atividade probatória das partes durante a instrução processual.

A dimensão subjetiva do ônus probatório compõe uma regra procedimental designada às partes para que possam conhecer previamente sua responsabilidade na produção probatória em relação aos fatos controvertidos discutidos em juízo. Com isso, haverá um constrangimento para que sejam produzidas provas acerca dos fatos que pretendem validar e comprovar (de acordo com seus interesses), visando o convencimento do juiz.

De acordo com a regra geral do Novo Código de Processo Civil de 2015, contida no art. 373, incisos I e II⁶, o ônus da prova será do “autor, quanto ao fato constitutivo do

4 Alguns doutrinadores não consideram a referida função relevante ou até discutem sua existência, entretanto, esta baseia-se justamente nos estímulos de caráter qualitativo que produz, incrementando os esforços das partes na produção de provas com fins a convencer o juiz acerca da justa aplicação do direito e do provimento jurisdicional no caso concreto mediante um arsenal probatório mais rico. Nesse sentido, CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC: Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 42, 2017.

5 O próprio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 802.832/MG afirmou que: “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)”. REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

⁶Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

seu direito” e do “réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Dessa forma, o ônus determina a qual parte incumbirá o encargo de produzir a prova sobre determinado fato, direcionando a atividade probatória destas, para que elucidem os fatos e obtenham o resultado que pretendem na demanda. Por exemplo, ao ajuizar uma ação de cobrança, o autor deverá produzir provas acerca dos fatos constitutivos do direito, ou seja, prova da relação jurídica que ensejou a cobrança, mediante a juntada de documentos, depoimento de testemunhas, entre outros. Já o réu, em vista da função subjetiva do ônus, conhecendo previamente seus encargos saberá que, caso alegue a inexistência do débito por ocasião do pagamento integral (fato extintivo), deverá juntar provas nesse sentido

O raciocínio é que, no processo, as partes são as maiores interessadas em formar um convencimento do julgador acerca da veracidade dos fatos por elas alegados. Para tanto, elas possuem a faculdade de instruir o juízo ao impulso de seus interesses, buscando convencê-lo mediante a produção e construção do conjunto probatório.

É nesse sentido que Eduardo Cambi, em sua obra “A prova civil: Admissibilidade e relevância” discorre que será o binômio “*liberdade-necessidade*” que guiará a atividade probatória das partes no processo ⁷. A elas, é facultava a produção da prova, na medida que dela necessitem e queiram fazer uso, correndo o risco advindo de sua não produção.

Discute-se, na doutrina, a possibilidade de se falar ou não em uma dimensão subjetiva do ônus da prova, sob o fundamento de que ao final da instrução será irrelevante a informação de quem produziu ou não a prova, em vista do princípio da comunhão da prova. Entretanto, em que pese tais debates, a importância da função subjetiva é notável. Apesar do princípio da comunhão da prova, esta dimensão impulsiona a atividade probatória das partes, acarretando em um empenho máximo destas na produção do conjunto probatório. Logo, por uma atividade mais intensa das partes, há maior probabilidade do alcance de um acervo probatória em consonância com a verdade real a realidade dos fatos.

Claramente, a dimensão subjetiva da prova resulta em um processo cooperativo, atento ao contraditório e ampla defesa, harmonizado com a busca da verdade real e do provimento justo.

⁷ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Cit. p. 322.

1.1.2 Função Objetiva do Ônus da Prova

A dimensão objetiva fundamenta-se na garantia fundamental contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição e proíbe o *non liquet*.

A proibição do *non liquet* é prevista tanto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) como, também, no Código de Processo Civil.

Ensina George Marmelstein⁸ que a expressão *non liquet*⁹, do latim, “é uma abreviatura da frase ‘*iuravi mihi non liquere, at que ita iudicatu illo solutus sum*’ que em melhores termos significa ‘*jurei que o caso não estava claro o suficiente e, por essa razão, me livre do julgamento*’”. Neste sentido, na antiguidade, quando havia dúvida acerca do julgamento para determinado caso concreto, o juiz romano ao declarar o *non liquet* se desobrigava de proferir uma decisão.

A proibição do *non liquet* prevista no ordenamento brasileiro é consequência direta do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF), que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”.

Neste contexto, a LINDB prevê em seu artigo 4º que diante da omissão da lei, deverá o juiz proferir decisão fundamentando-se em outras fontes do direito, como os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito.¹⁰

Por conseguinte, o art. 140 do Novo Código de Processo Civil dispõe que: **Art. 140.** O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Resta claro que após o desenvolvimento legal do processo, findo o procedimento instrutório e a fase de produção de provas, diante de um conjunto probatório insuficiente para persuadir racionalmente e formar a convicção do juiz, o ordenamento e seus

⁸ Cf. MARMELESTEIN, George. **O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 07 de outubro de 2017.

⁹ “*non liquet*” – do Direito Romano, corresponde a deixar de julgar por falta de convencimento.

¹⁰ **Art. 4º da LINDB:** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

aplicadores não podem se abster de proferir decisão.

Utilizar-se-á, então, do ônus da prova como critério de julgamento, resguardando-se as garantias fundamentais e preceitos constitucionais, como o acesso à justiça. Destarte, a parte que deveria produzir determinada prova, conforme a distribuição do ônus, e não o fez, terá contra si uma decisão desfavorável.

O legislador houve por bem instituir a distribuição do ônus da prova em sua dimensão objetiva, resguardado a isonomia entre as partes, o contraditório e o acesso efetivo à jurisdição.

Em suma, havendo dúvida quanto aos fatos controvertidos, o magistrado julgará com fundamento no ônus, analisando a qual parte incumbia a produção da prova e, feita esta análise, proferirá contra ela uma decisão desfavorável frente ao descumprimento do encargo, tendo em vista a proibição do *non liquet*.

A razão de ser da função objetiva decorre do fato de que o Estado, após proibir a autotutela, não pode negar-se a tutelar os direitos dos cidadãos e não resolver os conflitos sociais existentes, devendo agir em prol da pacificação social¹¹.

O ônus como regra de julgamento se presta, portanto, a informar ao julgador como proceder em face da ausência de prova sobre afirmação de determinado fato e quando da existência de dúvida quanto à aplicação do direito material no caso concreto. Assim, quando instado a julgar a controvérsia e existindo dúvida ou incerteza, deverá decidir a lide em consonância com os critérios estabelecidos pelo ônus da prova.

Se o conjunto probatório for insuficiente para formar a convicção do magistrado, por razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da proibição do *non liquet*, aplicar-se-á o ônus como regra de julgamento

Se incumbida, a parte autora não produzir provas constitutivas do seu direito, ela assumirá o risco de ter contra si um provimento jurisdicional negativo. Se, por outro lado, era ônus do réu de produzir prova acerca de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor e não o fez, contra ele recairá a dimensão objetiva do ônus.

Com efeito, as funções do ônus da prova correlacionam-se intimamente entre si e são imprescindíveis para um bom entendimento acerca do instituto. Isso porque, se após a produção probatória, o julgador se encontrar em estado de dúvida quanto a qual decisão

¹¹ Cf. MARMELSTEIN, George. **O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 07 de outubro de 2017.

proferir, ele fará uso do critério objetivo do ônus e, para tanto, deverá saber a qual parte foi atribuído o encargo que se restou descumprido, ou seja, qual era a dimensão subjetiva do ônus. Ainda que presente o princípio da comunhão da prova e da aquisição da prova ao processo, o ônus subjetivo guiará o magistrado durante a utilização do ônus como critério de julgamento.

Portanto, é uma questão de aplicação do direito, fornecendo ao juiz um modo de tutelá-lo, ainda diante da insuficiência do conjunto probatório, garantindo, assim, à prestação jurisdicional, racionalidade.

Ressalta-se, porém, que a utilização do ônus em sua dimensão objetiva se dá de forma subsidiária, ou seja, será aplicado apenas em último caso, quando em que pese todos os esforços do magistrado, não for possível a formação de uma convicção sobre as alegações.

A razão de ser utilizada de forma subsidiária reside no fato de que a decisão judicial baseada no ônus da prova é uma sentença meramente formalista, fundamentada em um regramento, de forma que não analisa adequadamente o mérito da questão. Haverá uma queda na qualidade da decisão proferida, que se distanciará da verdade real dos fatos e da sua finalidade consubstanciada em um julgamento justo e efetivo. Isso acarretará em um prejuízo às partes, que não obterão uma tutela jurisdicional satisfativa e também ao próprio Estado, em face de um exercício inadequado da jurisdição.

1.2 Teoria da distribuição estática do ônus da prova

Durante a história, diversos critérios foram adotados para distribuir o ônus da prova. Um desses restou-se pacificado nas doutrinas e implementados na maioria dos ordenamentos, inclusive o brasileiro. A preferência foi dada à teoria da distribuição estática do ônus da prova, consubstanciada em uma predisposição legal fixa, abstrata e genérica do ônus probatório.

Essa correspondência entre os ordenamentos e suas disposições legais acerca do ônus decorrem da influência da "*Teoria das Normas*" (*Normentheorie*) do doutrinador Leo Rosenberg, disseminada na Alemanha¹². Segundo a teoria, através da utilização de

¹² Cf. CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC: Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.34.

um raciocínio lógico consubstanciado em um silogismo dedutivo, estabelece-se uma distribuição legal fundada na ideia de que a parte que possui o ônus da alegação, tem, correlatamente, o ônus de prová-lo, ou seja, de comprovar os fatos que pressupõem a aplicação da norma que lhe é favorável.

Nesse sentido, de acordo com a teoria das normas, o ônus probatório se baseia na norma de direito material levantada pela parte e nos elementos e fatos que dão à sua aplicação um suporte fático.

Sob a influência desta teoria, o ordenamento brasileiro adotou como regra geral de distribuição do ônus da prova, o ônus estático, abstrato e genérico, previsto expressamente na lei.

A distribuição estática do ônus da prova foi adotada pelo ordenamento brasileiro como regra geral desde o Código de Processo Civil de 1939¹³, sendo sua adoção reiterada nos Códigos subsequentes, prevista no novel código com a seguinte redação:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.¹⁴

A distribuição estática do ônus, e inclusive a lógica adotada pela teoria das normas, como bem explana Arthur¹⁵ possui como critério *"uma máxima de experiência ligada às efetivas possibilidades de provar a alegação de fato"*, ou seja, à luz do que se vê cotidianamente *"quem alega a existência de determinado fato possui melhores condições de prová-lo do que aquele que simplesmente o nega."*

Assim, faz-se fácil notar pela própria redação do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 que, de forma geral, na distribuição *ope legis*, abstrata, fixa e genérica, incumbe ao autor, após cumprir o ônus da alegação que lhe cabe, provar os fatos

¹³ "Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação."

¹⁴ Art. 373, caput e incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁵ Cf. CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC: Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

constitutivos do seu direito e, ao réu, fazer prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, caso os alegue.

Depreende-se que a distribuição estática decorre de expressa previsão legal, não alterando-se diante das peculiaridades do caso, sendo um regramento geral a todas as partes e tipos de demandas em que se aplicam o código de processo civil.

Trata-se, portanto, de um critério *ope legis* e em razão disso as partes o conhecem antes mesmo da formação da relação processual, sabendo a quem incumbirá a prova sobre determinado fato no processo e qual o seu papel durante a instrução processual.

Antes de prosseguir na explanação acerca da distribuição estática do ônus, é necessária uma breve explicação acerca dos tipos de fato passíveis de alegação pelas partes e das possíveis defesas de serem apresentadas pela parte ré, bem como suas consequências no iter processual.

Conforme supracitado, pela distribuição *ope legis* estática do ônus, prevista no novel Código de Processo Civil de 2015, incumbe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do direito material alegado. Por fatos constitutivos entende-se aquele fato cuja ocorrência autoriza a aplicação da norma legal, uma vez que se encontra previsto nesta, e, portanto, legítima sua pretensão. Nas palavras de Eduardo Cambi, seria “aquele que integra a *fattispecie* jurídica, da qual se extrai o direito substancial deduzido em juízo, isto é, a pretensão do autor”.¹⁶ Já ao réu caberá fazer prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor.

O fato extintivo é aquele que tem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica, operando assim no plano da eficácia do fato jurídico, ou seja, ele existe, é válido, mas por algum motivo posterior à formação do direito, ele deixa de ser eficaz. Por exemplo, o autor ajuíza ação de execução com pedido de pagamento de débito consubstanciado em título executivo (que embasa seu direito), entretanto, o réu, alegando fato extintivo do direito do autor, apresenta comprovante de pagamento do débito. Assim, o direito do autor existiu e foi válido, mas, em contrapartida, este não possuía eficácia frente ao pagamento do referido débito. O mesmo ocorre com outros fatos extintivos do direito do autor, como a decadência e a prescrição.

Por sua vez, o fato modificativo constitui fato que implica o reconhecimento, por parte do réu, da existência e validade do direito do autor, alegando uma modificação deste.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova no direito civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. cit, p.324.

Tal fato operará na esfera da exigibilidade do direito como foi pleiteado de início. Exemplificativamente, é o que ocorre com a alegação de concessão de moratória ao credor ou quando este alegar o cumprimento não integral do contrato por parte do autor.

Por fim, o fato impeditivo opera no plano da validade do direito, de forma que, em que pese ser existente, o direito é considerado nulo ou anulável. Isso porque, o fato constitutivo pode ocorrer concomitantemente com um fato impeditivo, que retira a sua validade. Para existir, não basta somente a ocorrência do fato, mas, também, o preenchimento de determinados requisitos, como a capacidade das partes, por exemplo. Assim, o réu poderá alegar o fato impeditivo consubstanciado na ausência de um dos pressupostos de sua validade, que torna-o nulo ou anulável.

Marinoni delinea muito bem o exposto ao falar que:

Todo direito nasce de determinadas circunstâncias que têm por função específica dar-lhe vida; contudo, para produzirem o efeito que lhes é próprio, normal, devem concorrer outras circunstâncias. Um acordo entre as partes para a venda de determinada coisa por determinado preço é a circunstância específica (fato constitutivo), que produz a passagem de uma para a outra (...) exige-se, porém, que as partes sejam capazes, que o consenso seja livre; exige-se ainda que o acordo se complete a sério; se é simulado, não ocorre a transmissão da propriedade.¹⁷

Nesse sentido, em suma, na distribuição estática caberá ao autor fazer prova do fato constitutivo e, via de regra, ao réu caberá fazer prova nos fatos negativos caso os aponte, qual seja, os impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, se não deverá apenas fazer contraprova das alegações do autor.

Essa distinção quanto ao réu ocorre porque poderão ser apresentadas dois tipos diferentes de defesa por ele, a direta e a indireta.

A defesa direta de mérito é aquela em que o réu apenas nega os fatos alegados pelo autor, podendo, caso queira, fazer contraprova dos fatos constitutivos do direito dele. O réu nega, de forma geral, o direito material levantado pelo autor, cabendo a este produzir provas que legitimem a sua pretensão (o fato constitutivo). Desse modo, ausentes

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: RT, v.2, p.262-263.

os elementos comprobatórios do fato constitutivo, o ônus objetivo recairá sobre o autor da demanda e o juiz proferirá decisão de improcedência do pedido.

Por outro lado, na defesa indireta de mérito por parte do réu, haverá a concordância da existência do direito material do autor. Entretanto, conjuntamente à existência do fato constitutivo, tem-se a ocorrência de outro fato que deslegitima o pedido inicial do autor, de forma que o réu alegará a ocorrência de tal fato para afastar o direito material alegado.

O fato negativo do direito do autor alegado pelo réu poderá ser um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito. E, ao alegá-los, nascerá o encargo de prová-los. Diante da sua não comprovação, o ônus objetivo no momento do julgamento recairá sobre o réu. Infere-se, assim, que o ônus da prova não incumbirá necessariamente a quem alega, mas dependerá do que se está a alegar.

Aparentemente, a posição do réu é mais favorável quando apenas negar a existência do direito do autor. Ressalta-se, entretanto, que uma vez provado o fato constitutivo do direito alegado, o réu deverá produzir contraprova ou alegar a existência de um dos fatos negativos do direito alegado.

Nesse sentido, estrategicamente, o réu não poderá manter uma posição inerte durante o desenrolar processual sob pena de ver preclusa as oportunidades de produção de prova e assumir o risco de perder a demanda.

Isto posto, depreende-se que a regra geral prevista, qual seja, a da distribuição estática, não considera as particularidades do caso *sub judice*. Ao não analisar as peculiaridades existentes nas demandas, a teoria adotada mostra-se inadequada nos casos em que uma das partes tenha imensa dificuldade, ou seja, a ela seja quase impossível a produção da prova, enquanto a outra se encontraria em posição favorável à produção da mesma prova.

Neste contexto, a doutrina formulou uma teoria que atenta a essas dificuldades presentes na teoria estática, buscando adequar o ônus às garantias e valores constitucionais.

1.2.1 A distribuição estática e a Constituição Federal de 1988

Influenciado pela “teoria das normas”, o Código de Processo Civil de 1973 possuía uma distribuição fixa, genérica e abstrata do ônus da prova, ou em melhores termos, uma distribuição estática do ônus. A regra era prevista previamente na norma e de conhecimento das partes antes mesmo do ajuizamento da demanda.

Essa distribuição se mostra apta a solucionar a maioria dos casos trazidos ao judiciário quando não houver, nestes casos, peculiaridades fáticas capazes de dificultar a produção probatória.

Uma vez que prevista em lei, tratando-se de técnica *ope legis*, o legislador especificou que a regra seria genérica aos casos ajuizados. Tal técnica, ainda que disposta de forma abstrata, a priori, não dá ao julgador nenhuma abertura para estruturar um preceito diverso do previsto diante das circunstâncias do caso concreto. Portanto, considera-se no momento da aplicação da regra a literalidade da norma e vontade do legislador ao instituí-la, desconsiderando as especificidades do caso *sub judice*.

Nota-se a primazia do legislador pela segurança jurídica, consubstanciada na aplicação literal e formalista da norma, bem como por uma igualdade meramente formal entre as partes, distanciando-se da realidade concreta por elas vivida. A legalidade, portanto, é somente estrita.

No antigo código de processo, a rigidez procedimental da distribuição do ônus possuía uma única exceção: a convenção pelas partes de um modelo de distribuição diverso. Haveria, assim, um negócio jurídico processual, sendo o ônus da prova seu objeto.

Desta forma, a dificuldade e/ou invalidade da distribuição do ônus da prova no Código Buzard só poderia existir quando convencionada pelas partes, e nunca em razão da distribuição *ope legis*, conforme preceitua o §4º, do art. 333 do referido:

Art. 333 (...)

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Portanto, as partes poderiam convencionar livremente o ônus da prova desde que o negócio não recaísse sobre direito indisponível, mitigando-o, bem como também não poderia fazer com que fosse extremamente difícil a uma delas se desvencilhar do encargo.

Resta-se claro que a igualdade assegurada pela distribuição estática é meramente formal e a forma como é instituída desconsidera as especificidades dos casos *sub judice* e os possíveis obstáculos na produção de prova ocasionados pelas situações fáticas vivenciadas pelas partes. Nesse sentido, explicita Artur Thompsen Carpes:

A generalidade e o abstracionismo característicos da lei promoveram o ônus estático da prova a um dos símbolos da *igualdade formal*, ao qual não importava a vida real das pessoas e eventuais distinções concretas existente entre elas. A intenção era clara: garantir a imparcialidade no tratamento - que por serem 'iguais' deveriam ser tratadas em todo e qualquer caso sem distinção - e a segurança jurídica, que impunha óbices a quaisquer alterações - por mais legítimas e justificadas que fossem - no procedimento previamente definido pelo legislador.¹⁸

Após o advento da Constituição Federal de 1988, em razão da busca pela efetividade e pela proteção dos direitos fundamentais, com o neoconstitucionalismo (que atribuiu aos preceitos constitucionais força normativa, de forma a utilizá-los como diretrizes para a interpretação de todo o ordenamento), a aplicação da regra abstrata e genérica da distribuição deixou de ser totalmente adequada.

A Constituição, com sua nova ótica de processo pensado por meio e visando garantir os direitos fundamentais deixou de primar pela legalidade estrita que antes vigorava, rompendo com esta.

Neste contexto, o ordenamento e a sociedade jurídica como um todo não poderiam mais eximir-se e omitir-se diante de um regramento que viola os preceitos constitucionais e que se mostra inadequado à busca da igualdade substancial entre as partes. Foi imprescindível a busca e formulação de preceitos e regras que garantissem a igualdade não apenas formal (ilusória dentro de uma sociedade desigual), mas, também, material.

Essa mudança de perspectiva foi o motivo que permitiu a interpretação e subsequente aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro, ainda que não houvesse no texto normativo previsão legal para tanto.

Nesse sentido, o art. 5º da CF consagra o direito ao processo justo como um direito fundamental, de forma que a interpretação do ordenamento deve ser pautada por ele. E, para

¹⁸ Cf. CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC: Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.97.

garanti-lo, passa a ser necessário dar atenção ao processo em todas as suas esferas, considerando-se não só os aspectos formais da demanda, mas também as particularidades de cada caso.

Assim, diante de tal contexto, a aplicação da teoria da carga dinâmica se mostrou imprescindível para a obtenção da tutela dos direitos fundamentais, do processo justo e do efetivo acesso à justiça.

Tanto é assim, que logo após a vigência da nova constituição, tal teoria foi introduzida no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, demonstrando o dever do magistrado de adequar o procedimento e o ônus probatório à Constituição.

Logo, nos casos em que a regra geral estática contrariasse os direitos que consagraram a própria técnica da distribuição, poderia o julgador flexibilizar as regras procedimentais aplicando a teoria dinâmica de acordo com as especificidades do caso, ainda que não prevista legalmente.

Notável é que a teoria da carga dinâmica acaba por priorizar a igualdade material entre as partes ao analisar as circunstâncias fáticas que as circundam. Por ela será possível a produção da prova que antes era excessivamente onerosa, aumentando a probabilidade de um julgamento baseado na verdade real, qualitativo e em consonância com o ideal de um processo justo.

Diante disto, perceptível que a regra estática, diferentemente da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, não busca a justiça do caso concreto, mas atem-se apenas a forma, priorizando sua solução, ainda que o faça pelo critério do julgamento. Ou seja, não adentra na questão de quem estaria mais apto a produzir a prova e obter a referida.

A função da teoria estática é primordialmente obstar o *non liquet*, o que na maioria das vezes não significa o pronunciamento da decisão mais justa e com qualidade.

Diferentemente é o que ocorre na teoria dinâmica da distribuição dinâmica do ônus, razão pela qual a teoria foi adotada excepcionalmente pelos Tribunais, quando da vigência do CPC/73 e prevista expressamente no novo Código de Processo Civil, mostrando-se como uma alternativa à rigidez e inadequação da teoria estática em determinados casos.

1.3. A distribuição dinâmica do ônus da prova

Ao analisar as críticas e dificuldades existentes na aplicação do modelo estático, entre os séculos VIII e XIX, o jurista inglês Jeremy Bentham¹⁹ desenvolveu uma teoria original e diferente sobre o ônus probatório, sob uma nova perceptiva, buscando sanar as eventuais dificuldades encontradas na distribuição estática.

Bentham teorizou uma forma de distribuição que leva em consideração as especificidades do caso concreto. Para ele, a distribuição não deve ocorrer previamente e de forma genérica, mas sim, deve levar em conta as peculiaridades de cada caso no momento da distribuição de forma individual e em consonância com a realidade. Tem-se aí, um dos embriões da teoria da carga dinâmica do ônus da prova. Isso porque, em sua teoria, o doutrinador previu que o ônus da prova deveria ser imposto à parte que pudesse satisfazê-lo da forma mais fácil e com menos inconvenientes possíveis. Ou seja, aquele que desvencilhar-se de forma mais célere, com menos despesas e esforços, de acordo com o caso concreto. Assim, o ônus seria flexibilizado em atenção às características de cada caso.

Nessa mesma linha, o jurista francês Rene Demogue²⁰ trouxe a ideia de que no momento da produção das provas deveria vigorar o princípio da solidariedade e não o da independência entre as partes. Assim, seria necessário distribuir o ônus à parte que pudesse desempenhá-lo da forma menos incômoda, diante da solidariedade existente entre elas.

As teorias dos dois juristas possuem critérios diferentes entre si, mas ambas apontam para a necessidade de se considerar os aspectos concretos dos casos *sub judice*, em atenção às suas particularidades e especificidades.

Apesar de antiga, ainda que incerta sua origem, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova ganhou força na Argentina, onde foi desenvolvida e enriquecida pelo jurista Jorge W. Peyrano e consagrada com a publicação de sua obra com o condensado de seus estudos.

O fomento da tese da distribuição dinâmica do ônus se deu com o julgamento de um caso de erro médico (feito pelo próprio Peyrano), em que a vítima não possuía nenhuma condição de provar o que alegava, enquanto o réu detinha de meio aptos a

¹⁹ Cf. PEGHINI, Rodrigo Perfeito. A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil. 2016, p.6.

²⁰ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2016. Cit. p. 136.

elucidar a questão em razão da obrigação de estar na posse dos documentos médicos.²¹

Com a aplicação da teoria estática no caso supracitado, a parte teria contra si um julgamento desfavorável pela utilização do ônus da prova como critério de julgamento, uma vez que não cumpriu com o encargo que lhe cabia de provar o fato constitutivo de seu direito.

Entretanto, analisando as especificidades do caso, restou claro que o réu detinha dos meios de prova aptos a elucidar a questão. Ressalta-se que ele não deveria provar o erro médico, mas, uma vez na posse dos documentos, ele possuía melhores condições de provar a inexistência do erro médico, ou seja, do direito constitutivo do autor.

Nesse sentido, é a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, consubstanciada em uma técnica alternativa quando da constatação da presença de uma prova diabólica e da insuficiência da regra estática para solucionar o problema (vez que sua aplicação fragilizaria o direito de acesso à justiça). Desse modo, nasce ao órgão jurisdicional o poder-dever de adequar o procedimento, dinamizando a regra em conformidade com os outros direitos processuais.

Na teoria dinâmica, ao analisar o caso *sub judice*, o magistrado deverá estar atento às especificidades e à possível desigualdade existente na posição das partes quanto à produção de determinada prova. Em análise direta da questão, poderá ocorrer de que uma das partes possuía excessiva dificuldade, ou seja, quase impossível a produção de determinada prova, enquanto a outra se encontrava em posição mais favorável para tanto.

Nesses casos, será necessária a dinamização do ônus da prova e a produção da prova será encargo da parte que estiver em posição mais favorável, possuindo maior facilidade em cumpri-lo.

1.3.1 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973

Diante da inadequação da regra geral estática frente ao advento da nova constituição e do reclame social por um processo mais justo e efetivo, houve por parte da doutrina e da

²¹ AZARO, Mária Pereira. **Dinamicização da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro**. 2006. 200 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Por Alegre, 2006. p. 212-213

jurisprudência, propostas de aplicação da teoria dinâmica do ônus sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, ainda que ausente previsão legal.

Para tanto, houve a necessidade de uma atuação jurisdicional criativa, que adequasse as normas referentes aos ônus probatórios à Constituição Federal e seus valores e princípios jurídicos, ou seja, que efetivasse um processo sob a ótica do neoconstitucionalismo.

Entretanto, uma vez que a teoria não possuía previsão legal, sua problemática estava ligada à aplicação e interpretação do direito.

Assim, foi necessário, pela doutrina, a construção de critérios que outorgassem segurança jurídica à aplicação da teoria em perspectiva dogmática. Isso porque, conforme ressalta Artur Carpes:

A aplicação das normas do processo na ausência de parâmetros objetivos constitui conduta arbitrária, viola a segurança, a igualdade e, por conseguinte, conduz à fragilização das estruturas mais elementares do Estado Constitucional.

(...)Ainda, aponta para o fato de que não é suficiente (...) afirmar que a dinamização é legítima porque, ancorada no paradigma da colaboração, da boa-fé objetiva ou no critério da solidariedade na prova. É preciso ir além.²²

Para a aplicação da teoria, portanto, diante da ausência de previsão legal, era imprescindível pela doutrina a criação de um método de aplicação, em consonância com as regras de aplicar e interpretar do direito, que outorgasse legitimidade e segurança à técnica.

Conforme explicita Artur Carpes, as disposições acerca do ônus da prova possuem natureza de regras jurídicas. Como tais, ainda que incidentes a determinado caso, isso não pressupõe a sua aplicação.

É que, para aplicar-se uma regra a um caso em que ela incida, faz-se necessário analisar se sua aplicação não será excluída pela própria razão motivadora que a instituiu ou pela existência de algum princípio ou preceito constitucional, que razão contrária àquela que justifique sua aplicação. Desta forma, ainda que a regra seja incidente e tenha as condições para sua aplicação preenchidas, haverá casos em que isso não ocorrerá. Por exemplo, se o julgador no momento da aplicação da regra geral do ônus, diante das especificidades do caso concreto, analisar que tais regras estão em confronto com os princípios constitucionais que motivaram sua criação, deixará de aplicá-la, ainda que incidente. Ou seja, quando a regra geral fragilizar

²² CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC: Do Estático ao Dinâmico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 108.

os princípios da igualdade e da máxima efetividade probatória, por exemplo, ela não será aplicada.

A análise da aplicação, nesses casos, será direcionada pelo postulado normativo da razoabilidade, utilizando-o sob a ótica da equidade, de forma a conformar a regra geral ao caso concreto. Por meio do referido postulado, o juiz analisará no caso *sub judice* a possibilidade de aplicação da regra geral ao caso específico. Caso haja particularidades que tornem a produção probatória anormal em algum aspecto, não poderá ser aplicada a regra geral.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a vigência do antigo código de processo civil, destacou a necessidade de se realizar uma interpretação sistêmica das regras com os princípios e postulados normativos que possibilitem a aplicação das regras do ônus dinâmico em detrimento da regra geral, *in verbis*:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistêmica da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segunda a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.²³

Portanto, ainda que incidente ao caso concreto, para que seja possível a aplicação da regra geral da distribuição do ônus, é imprescindível para a sua aplicação a verificação de que a parte que possua melhores condições para cumprir o ônus sem onerar demasiadamente a outra parte, tutelando-se o direito fundamental à igualdade substancial, acesso à justiça e o do amplo acesso à prova.

Em resumo, se o princípio da igualdade e do amplo acesso à prova (que são a razão de ser da regra da distribuição do ônus) são violados, restringidos ou ao menos fragilizados quando analisadas a individualidade do caso *sub judice*, a regra não pode ser aplicada, ainda que preenchido seu suporte fático normativo.

Nesse sentido, com a verificação da não incidência da regra geral, deverá ser aplicada a regra da dinamização que, como dito anteriormente, para ser aplicada de forma segura, é necessário procedimento legal que afaste a arbitrariedade, havendo um controle circunstancial de não recepção da regra geral do Art. 333 do CPC/73.

Para que seja possível a distribuição, o magistrado analisará o caso concreto se a

²³ STJ, Resp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.05.2010, DJe 01.06.2010.

aplicação da regra estática está confrontando o direito fundamental à prova, que baseia a vedação da *probatio diabólica* e do princípio máxima amplitude dos esforços probatórios. E, caso assim constate, realizará o controle de constitucionalidade da norma, distribuindo o ônus de acordo com a teoria dinâmica, mediante decisão fundamentada no princípio da cooperação ou no acesso à justiça, a depender do caso concreto.

1.3.2 A dinamização no Novo Código de Processo Civil

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, a aplicação da teoria dinâmica aos casos em que a regra geral se mostrasse inconstitucional tornou-se mais fácil. Por prever em seu texto a aplicação subsidiária e excepcional da teoria, o Novo CPC colaborou para o uso seguro, legítimo e até menos complexo da dinamização, diante da desnecessidade da utilização do postulado da razoabilidade e da constatação da inconstitucionalidade da norma ao caso específico *sub judice*.

O CPC/15 trouxe a previsão expressa à teoria dinâmica nos §§1º e 2º do art. 373:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A distribuição estática permanece sendo a regra geral, havendo assim, uma distribuição prévia, estática e genérica do ônus da prova. Vislumbra-se que a aplicação da teoria é subsidiária, sendo concebível sua utilização apenas quando inadequada a teoria estática, vez que esta se presta a solucionar a maioria dos casos *sub judice*, não podendo pensar a teoria dinâmica como regra geral. As duas coexistem perfeitamente, a dinâmica não invalida a estática, que soluciona quase todos os casos.

Diante disto, no momento da utilização da técnica da distribuição do ônus durante as demandas, poderão ocorrer duas situações. Na primeira, mesmo com as suas especificidades, a

demanda não apresenta qualquer dificuldade às partes para que produzam as provas que lhes são atinentes caso almejem a comprovação dos fatos que alegam, sendo aplicável a regra estática prevista em lei. Por outro lado, na segunda situação, poderá acontecer que, em razão de algumas particularidades e especificidades do caso, haverá para uma das partes um ônus excessivo oneroso à produção da prova da qual ela tenha grande dificuldade em se desincumbir, ou seja, quase impossível fazê-lo. E, em contrapartida, a parte desonerada se encontra em posição mais favorável à produção da prova em questão. Neste caso, a aplicação estática não é adequada, tornando-se necessária a dinamização do ônus.

São vários os fatos que dificultam a produção da prova por uma das partes durante a instrução processual, sendo que a dinamização se demonstra imprescindível quando da presença de prova diabólica ou quando necessária a comprovação de um fato negativo nos casos em que seja impossível fazê-lo mediante a comprovação de um fato positivo no mesmo sentido.

As provas diabólicas e as provas de fatos negativos indeterminados são considerados pela doutrina limites à produção da prova, sendo necessário traçar brevemente o conceito de ambas para um melhor entendimento do âmbito de aplicação da dinamização do ônus.

A prova diabólica é aquela em que se constata, no momento de sua produção, a presença de obstáculos que são irremovíveis pela parte onerada. Ou seja, sua produção é quase impossível.

Ela difere-se, dessa forma, da prova difícil, vez que nesta, em que pese ser difícil sua produção, os obstáculos apresentados são transponíveis, ainda que de forma árdua.

Exemplificativamente, são casos de provas diabólicas a produção de prova que não exista mais no plano físico, que esteja em local desconhecido pela parte, que a parte não tenha tido qualquer relação ou não estivesse presente no acontecimento que originou a prova, que houve a destruição ou dissimulação pela parte não onerada da prova ou ainda que esteja a prova em sua posse.

Por sua vez, a prova de fatos negativos, poderá ser uma prova difícil ou diabólica, dependendo do caso concreto. Em essência, a prova de um fato negativo é a prova de um não-fato, ou seja, de que algo não ocorreu. Para prova-lo é necessário a dedução de que algo não poderia ocorrer ou ser percebido, caso o fato existisse ou que o que ocorreu não teria ocorrido, se o fato negativo realmente existiu.

Ainda, é possível prova-lo ao rechaçar os elementos do fato por meio de um fato positivo. Por exemplo, não é possível provar que alguém não esteve em determinado local, em determinado momento. Mas, por meio da prova de um fato positivo, ou seja, que estava em outro local naquele exato momento, dedutivamente conclui-se que a pessoa não poderia estar

em ambos os locais, provando-se o fato negativo mediante prova de um fato positivo a ele correlato.

Dessa forma, quando um fato negativo puder ser provado por outro fato positivo, não há que se falar em dinamização do ônus. A problemática reside em definir em quais casos isso ocorrerá. Inclusive, diversas são as jurisprudências em que se dinamiza o ônus, tendo em vista que a prova do fato positivo é mais fácil ser produzida pela parte antes desonerada.

Em síntese, o fato negativo absoluto ou indeterminado é passível de dinamização, por ser considerado prova diabólica, desde que também não o seja a outra parte. Quanto ao fato negativo relativo, para que o ônus deste seja dinamizado, é necessária a constatação de que a outra parte se encontra em posição mais vantajosa para a produção do fato positivo.

Feitas tais constatações, percebe-se que não basta somente a dificuldade de produção da prova por uma das partes para que haja a dinamização do ônus probatório. Deverá haver mais do que a simples dificuldade em uma das partes de produzir determinada prova. Para que ocorra a dinamização, a parte desonerada deverá se encontrar em posição mais favorável e de mais fácil obtenção e produção da prova.

Um dos desafios da teoria dinâmica do ônus da prova é compreender quando estaria a parte em uma posição favorável durante a instrução probatória. Nesse sentido, Zaneti explicitou que a doutrina elencou quatro situações que ensejariam a fixação de um ônus dinâmico (sem a exclusão da possibilidade do surgimento e existência de outras):²⁴

a) o papel desempenhado por uma das partes no fato gerador da controvérsia; b) estar uma das partes na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; c) ser uma das partes a única detentora da prova e d) existência de condições técnicas, profissionais ou jurídicas que uma das partes possua de forma superior em relação a outra.

Portanto, haverá a possibilidade que ocorra a dinamização quando uma das partes tiver um conhecimento técnico superior em relação à questão, informações específicas sobre os fatos ou possua uma maior facilidade para demonstrá-lo.

Em suma: o pressuposto é que haja uma acentuada desigualdade entre as partes referente à produção de determinada prova (um lado possuirá extrema dificuldade em face da relativa facilidade em produção pela outra parte).

²⁴ ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.p121.

Mas, como dito, a análise da posição favorável se dará de caso em caso, podendo existir outras situações que a configurem.

Conforme o §2º do art. 373, CPC, a dinamização não poderá ser aplicada quando ocasionar uma *probatio diabolica reversa*. Ou seja, um dos pressupostos de sua aplicação é justamente a possibilidade, pela parte que antes era desonerada, em se desincumbir do ônus. Caso a produção da prova também se demonstre excessivamente onerosa a outra parte, a dinamização não poderá ocorrer, uma vez que permanecerá violando o direito à prova, o princípio da igualdade e da máxima efetividade probatória.

Nota-se, assim, que a dinamização será possível apenas nos casos em que a dificuldade seja *subjéctiva*, ou seja, a demonstração seja árdua apenas à parte originalmente incumbida.

Portanto, para que a teoria seja aplicável, é necessário o preenchimento de dois requisitos materiais cumulativos: a facilidade em produzir a prova por uma parte somada com a dificuldade em se desincumbir do encargo probatório pela outra. Ambos os requisitos são conceitos jurídicos indeterminados ou denominados como termos vagos, que serão definidos e densificados com o tempo pela produção doutrinária e jurisprudencial.

Conforme ressalta Lucas Buril de Macedo e Ravi Peixoto, os desafios na aplicação da teoria serão:

(...) balanceamento desses requisitos, identificar quais hipóteses têm-se um desequilíbrio das condições probatórias entre as partes e, mais ainda, quando mesmo com a sua existência, a dinamização não irá provocar a criação de uma prova diabólica reversa.²⁵

Por conseguinte, duas distinções são necessárias ao se discutir a dinamização do ônus da prova. A primeira refere-se à diferença existente entre a dinamização do ônus da prova e um ônus da prova dinâmico. E a segunda é referente à distinção entre a dinamização do ônus e a inversão do ônus da prova.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova possui quatro elementos imprescindíveis para a sua configuração e aplicação: “a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exibe

²⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Jurispodivm, 2016. 272 p.

a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc.”²⁶

Assim, no ônus da prova dinâmico não há uma distribuição prévia do ônus, que será conhecida pelas partes, mesmo que antes do ajuizamento da demanda. Ter-se-á, na realidade, uma distribuição durante a decisão de saneamento do processo, feita pelo juiz, ou seja, *op e juidicis*, de acordo com a peculiaridade do caso. Tal fato gera uma insegurança jurídica, porquanto as partes não terão conhecimento de seus encargos, durante o desenrolar da instrução processual.

Diferentemente é que o ocorre na dinamização do ônus da prova no qual neste tem-se uma distribuição *ope legis*, prévia e fixa, de conhecimento das partes, que será passível de modificação por decisão fundamentada pelo julgador quando presentes os requisitos para tanto, em vista das peculiaridades fáticas do caso.

O Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu bojo, sob as influências da Teoria da Carga Dinâmica e utilizando-se de sua essência, a dinamização do ônus da prova. Ainda há o estabelecimento prévio da distribuição estática pelo ordenamento. Mas se o julgador, ao analisar o caso *sub judice*, verificar a insuficiência da regra estática frente as peculiaridades da demanda, aplicará a exceção disposta no §1º do art. 737 do CPC, distribuindo o ônus de forma dinâmica. Para tanto, os requisitos para a distribuição dinâmica deverão estar presentes e o magistrado deverá fundamentar sua decisão, indicando os fatos que terão seu ônus redistribuído.

A decisão que redistribui o ônus deverá ocorrer na fase de saneamento e, em atenção ao princípio do contraditório, é necessário dar à parte oportunidade para se desvencilhar do novo encargo probatório.

Já no que concerne à distinção entre dinamização e a inversão do ônus da prova, é importante ressaltar que, no ordenamento brasileiro, não existe, efetivamente, uma inversão do ônus da prova, ainda que este seja o termo utilizado pelo legislador no microsistema consumerista.

O art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê que haverá a “inversão” do ônus probatório pelo juiz nos casos relacionados ao direito do consumidor quando presentes

²⁶ DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, RT 788/98, São Paulo: Editora RT, junho/2001. in ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras do ônus da prova*, São Paulo: Malheiros editores, 02.2011, p. 124.

os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência, com fins à facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

Entretanto, não ocorre efetivamente uma inversão do ônus, pois, para tanto, seria necessário inverter totalmente o ônus em relação a todos os fatos do *thema probandum*, sendo que, há na verdade a dinamização quanto a um fato ou alguns que se demonstrem extremamente onerosos a uma das partes diante da relativa facilidade da outra.

A flexibilização da regra geral em favor do consumidor poderá ocorrer quando a alegação se mostrar verossímil e este se encontrar em posição de hipossuficiência frente ao fornecer, que detêm de melhores meios para se desvencilhar do encargo probatório.

Portanto, apesar da utilização do termo inversão, há a incidência da teoria estática como regra, que será flexibilizada no caso concreto, de forma a distribuir-se o ônus de maneira mais igualitária e equânime em relação ao encargo probatório que se demonstre oneroso demais ao consumidor.

A inversão se dá em relação a todos os fatos objetos do ônus, enquanto a dinamização ocasionará a flexibilização da regra abstrata em relação a alguns fatos específicos e individualizados que são objetos de prova, quando presentes os requisitos para tanto (contido nos §§ 1º e 2º do art. 373, CPC). Vislumbra-se que ela é uma forma de distribuição fluída e dinâmica.

Ainda que não seja totalmente incomum a inversão geral, deixando o julgador de especificar a qual fato a dinamização está se dando, o termo inversão no ordenamento brasileiro é utilizado de forma inadequada.

Exemplificativamente, isso é o que ocorre nos casos em que se busca desconstituir negócio jurídico alegando fraude contra credores. A produção de prova quanto à insolvência do alienante revela-se uma *probatio diabólica*, o que não acontece com os demais fatos e requisitos que deverão ser provados na demanda. Assim, haverá a dinamização apenas quanto à comprovação da insolvência e não quanto a todos os fatos do *thema probando*. Evidente, portanto, a inadequação do termo “inversão”.

2 - O ÔNUS DA PROVA DA AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS

2.1 Conceito de alimentos e pressupostos da obrigação alimentar

Inicialmente, antes de adentrar à matéria quanto ao ônus da prova nas ações revisionais de alimentos, é imprescindível traçar a conceituação da obrigação alimentar, apontando seus fundamentos e pressupostos visando a melhor compreensão do tema que será abordado.

O dever alimentar é uma derivação do princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, da CF)²⁷ e da solidariedade, bem como no dever de mútua assistência. Está expressamente prevista na Carta Magna, seu art. 229: 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.”

O fundamento legal para pleitear os alimentos está previsto no Código Civil, com a seguinte redação:

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.

Na seara jurídica e no plano conceitual, os alimentos consistem em tudo que seja necessário ao sustento e a manutenção do indivíduo, permitindo a sua sobrevivência, por meio de padrões mínimos e dignos. Compreendem tudo o que é necessário à manutenção da sua dignidade do alimentado, sendo considerados um *patrimônio mínimo*, capaz de suprir os gastos com o que se considera vital à existência, como despesas com saúde, moradia, vestuário, alimentação, lazer e educação.

Nesse sentido, os alimentos referem-se não só à subsistência material, mas também intelectual do alimentado, visando suprir as necessidades do indivíduo que se encontra em estado de carência.

Yussef Said Cahali conceitua de forma clara o instituto em sua obra “Dos Alimentos”, afirmando que:

Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, 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

²⁷"reside na própria afirmação da dignidade da pessoa humana o fundamento axiológico da obrigação alimentícia...". (FARIAS, 2006, p.136).

necessário à sua manutenção. (CAHALI, 2009, p. 15).²⁸

Apesar de não ser o enfoque do presente texto, ressaltar-se que a obrigação alimentar pode estar fundada no vínculo de parentesco entre as partes, mas também pode estar consubstanciada em obrigações de natureza diversa, como a decorrente da prática de um ato ilícito, por ocasião de convenção entre as partes, testamento ou até em razão de disposições contratuais.

Para a existência e imposição da obrigação alimentar são necessários os preenchimentos de três requisitos. Ressalta-se que obrigação alimentar no Código Civil possui tratamento uniforme, de forma que os pressupostos são os mesmos, independentemente da relação que os justifique.

Durante a propositura de uma ação de alimentos, ou ações que dela derivem e possuam natureza semelhante, é necessário a comprovação da necessidade dos alimentos por aquele que os pleiteia, da possibilidade econômico-financeira do indivíduo contra quem se pede. Ainda, a fixação do patamar da obrigação deverá ocorrer de forma proporcional entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

Tais requisitos caracterizam o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, cuja aferição e respeito é imprescindível para a fixação e validade da obrigação alimentar.

2.2 Do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade

Conforme exposto, para a configuração da obrigação e fixação do *quantum* alimentar é necessário o preenchimento e atendimento dos pressupostos consubstanciados no trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, previsto no §2º, do art. 1.694 do CC, sob a seguinte redação: “Art. 1.694: (...) § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

Dessa forma, o acervo probatório em uma ação de alimentos deve conter elementos que demonstrem a necessidade do alimentado e a condição econômico-financeira do alimentante, para que se possa analisar a extensão e os limites da possibilidade desta em pagar os alimentos.

Assim, no momento do ajuizamento da ação, o autor deverá indicar as necessidades que possui e que legitimam o requerimento dos alimentos, especificando-as. As necessidades, neste

²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.848.

caso, conforme ressaltam os doutrinadores, não se resumem apenas às necessidades básicas, como alimentação, saúde e vestuários. Elas vão além. Há de se ter em mente que os alimentos são um patrimônio mínimo, com a finalidade de possibilitar ao alimentado uma vida digna, vivendo de modo compatível com a sua posição e condição social. Dessa forma, também adentram o conceito de alimentos, os gastos com lazer, educação, entre outros.

No que concerne à possibilidade do alimentante, para que se possa fixar a obrigação alimentar, há de constar dos autos elementos que demonstrem a condição econômico-financeira do alimentante, a fim de possibilitar ao juiz a fixação dos alimentos em um patamar que não ocasione em violação aos direitos deste. Ou seja, deve-se ter em mente que por meio destes requisitos se busca aferir a renda do alimentante para que, no momento da fixação dos alimentos, estes não sejam determinado em um patamar que prejudicará a própria subsistência do alimentante. Não é razoável resguardar o direito do alimentado a uma vida digna ferindo, em contrapartida, a própria dignidade do alimentante.

Na doutrina e em inúmeros julgados observa-se a criação de um trinômio, unindo o binômio previamente explicitado à necessidade da fixação dos alimentos sob o prisma do princípio da proporcionalidade. Em que pese as discussões acerca da existência ou não de um trinômio, é certo que na prática e no próprio Código Civil a fixação do *quantum* deve ser realizada observando-se a necessidade, a possibilidade e a proporcionalidade, conjuntamente. Desse modo, os requisitos serão aqui tratados como um trinômio.²⁹

O princípio da proporcionalidade é um dos elementos essenciais quando se trata da ação de alimentos, visto que é postulado necessário e apto à efetivação da dignidade humanada e da solidariedade no âmbito destas ações.

O ordenamento jurídico exige que o alimentante forneça os alimentos àquele que não possui meios de prover sua própria subsistência, mas se encarrega de assegurar que tal obrigação não reduza ou dizime a possibilidade do alimentado de manter seu próprio sustento,

²⁹TJMG. AI 1.0172.07.013263-1/0011. 5a C.C. Rel. Des. Nepomuceno Silva. j. 13.11.08. “Os alimentos devem ser fixados com ponderação e bom senso, em atendimento à proporcionalidade da necessidade material (alimentos) dos alimentados, com os recursos do genitor, sendo, assim, razoável e consentâneo ao trinômio necessidade, capacidade e proporcionalidade (Código Civil, arts. 1.694, §1o e 1.699). TJRS. AC 70024694432. 7a C.C. Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho. j. 05.11.08. “[...] Possível a redução dos alimentos quando, comprovadamente, houve alteração nas possibilidades do alimentante em virtude de doença do alimentante, reduzindo sua capacidade de auferir melhores rendimentos. Necessidades da alimentada presumíveis. Pensão fixada em 50% do salário mínimo nacional, atendendo ao trinômio necessidade / capacidade / proporcionalidade.” TJRS. AI 70007685522. 7a C.C. Rel. Maria Berenice Dias. j. 18.02.04. “[...] Melhor atende ao critério da proporcionalidade fixar os alimentos em percentual dos rendimentos do alimentante.”

conforme prevê o art. 1.695 do Código Civil³⁰. Desse modo, o princípio da proporcionalidade atua justamente com a finalidade de adequar os meios utilizados para a defesa do direito material com o fim desejado.

Portanto, buscou o ordenamento harmonizar o dever de pagar alimentos com as garantias fundamentais e constitucionais, de forma que sua efetivação não resulte em enriquecimento ilícito do alimentando ou empobrecimento da parte que os presta.

Por isso mesmo que, em caso de alteração da situação fática de qualquer das partes, incorrendo em uma modificação na proporção entre a necessidade e a possibilidade previamente estabelecida, é possível revisar o *quantum* alimentar determinado na ação de alimentos, por meio da ação revisional ou exoneratória.

2.3 O ônus da prova nas ações de alimentos

Nas ações de alimentos deverão ser demonstradas as ocorrências dos requisitos ensejadores da obrigação alimentar, qual sejam a necessidade por parte do alimentado, a possibilidade em arcar com a obrigação pelo alimentante e a proporcionalidade entre estas duas situações fáticas quando do momento da fixação dos alimentos.

Nesse sentido, conforme se depreende da jurisprudência de diversos tribunais, estes entendem que o ônus da prova nas ações de natureza alimentar (fixação, revisão e exoneração) é do autor, incumbindo a este fazer prova dos fatos constitutivos do seu direito, de acordo com a regra estática (Art. 333 do CPC).

Assim, por exemplo, em ação ajuizada pelo filho menor em face do pai, de acordo com o art. 2º da Lei de Alimentos, ainda que não possua documentos aptos a comprovar a possibilidade do genitor, incumbirá a ele indicar os fatos que conheça acerca desta situação, como a profissão do requerido, rendimentos e afins, sob pena de indeferimento da inicial.

O problema é que não basta a alegação do fato, consoante a regra geral do ônus da prova, devendo, então, fazer prova do que alega. Se durante a instrução processual o requerente não se desvencilhar do ônus probatório quanto à comprovação da capacidade econômico-financeira do requerido, assumirá o risco de ter contra si um provimento jurisdicional desfavorável,

³⁰ **Art. 1.695.** São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

baseado no ônus como critério de julgamento.

Sucintamente, em qualquer modalidade de ação de alimentos, é fácil ao requerente obter provas relacionadas ao seu contexto social e vida privada, mas, em contrapartida, será extremamente árdua ou quase impossível a comprovação de fatos atinentes à esfera privada do requerido, seja acerca da necessidade ou da possibilidade deste. As partes podem até possuir conhecimento acerca dos fatos, mas a probabilidade de possuírem provas aptas à comprovação do alegado são ínfimas.

Por isso, nestas ações, a regra estática se mostra inadequada, vez que não considera as peculiaridades do caso concreto e a dinamicidade das causas na seara do Direito de Família. Isto posto, torna-se necessária e recomendável a flexibilização e adaptação do procedimento pelo ordenamento, conforme se demonstrará no tópico a seguir.

3 - O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES REVISIONAIS QUE PLEITEIAM A MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* ALIMENTAR

3.1 A regra geral do ônus da prova nas ações revisionais que pleiteiam a majoração do *quantum* alimentar: do ônus estático

Conforme explicitado, o *quantum debeat* da obrigação alimentar deverá respeitar o princípio da proporcionalidade utilizado como vetor para sua fixação, levando-se em conta a vedação do enriquecimento ilícito e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A relação jurídica que enseja o pagamento das prestações de caráter alimentar é de natureza contínua e que não se esgota em apenas uma prestação, muito pelo contrário, estende-se no tempo de forma periódica e continuada.

Diante disto, o próprio Código Civil, em seu art. 1.710 preceitua que tal obrigação deve ser atualizada com o decorrer do tempo, diante das alterações e modificações das condições fáticas.

Tendo em vista o exposto, o ordenamento prevê a revisão do valor da obrigação alimentar, quando da ocorrência de mudanças na situação fática existente no momento do seu estabelecimento. Logo, em caso de alteração na condição econômico-financeira do devedor ou da necessidade por parte do alimentante, dispôs o Código Civil que "poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo."

Por ser relação jurídica continuativa, nestes casos, é ínsita a cláusula *rebus sic stantibus* no *quantum* inicialmente fixado, podendo qualquer uma das partes requerer a revisão, seja para

minorar ou majorar o valor, assim como a exoneração da obrigação. A Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68) reiterou tal possibilidade, em seu art. 15, com a seguinte redação: Art. 15. 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.

Em que pese as discussões acerca da ocorrência ou não do trânsito em julgado da sentença que fixa os alimentos, sem adentrar profundamente nesta questão, entendemos que a preferência do legislador por tal redação se deu apenas para enfatizar a possibilidade de revisão do *quantum*³¹, de forma que, conforme bem explicado por Adroaldo Fabrício³²:

as sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras, referentes ou não a relações jurídicas “continuativas”, transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que possam ter a sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados da equação jurídica nelas traduzida. O art. 15 da LA, portanto, não pode ser tomado em sua literalidade. O dizer-se aí que a sentença não faz coisa julgada é, tão somente, um esforço técnico do legislador para pôr em destaque a admissibilidade de outras demandas entre as mesmas partes e pertinentes à mesma obrigação alimentar. Por tratar-se de outras “ações”, em que a causa *petendi*, sempre, e frequentemente o *petitum* são radicalmente diversos dos seus correspondentes na ação anterior, nenhuma afronta ou restrição sofre o princípio da imutabilidade da coisa julgada. Ela perdura inalterada.

O fato é que a obrigação alimentar requer conformação com o transcorrer do tempo diante da ocorrência de alterações fáticas e, para tanto, deve ser ajuizada ação revisional ou

³¹O argumento não procede, porque se opera o trânsito em julgado conforme as possibilidades e necessidades examinadas e presentes à época do arbitramento ou acordo alimentar e se, posteriormente, houver um desequilíbrio desse binômio, novos fatos justificam o reexame do direito alimentar. FARIA, Cristiano Chaves de et al. **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: Ibdfam, 2016. p1101.

Neste mesmo sentido: "Intenta a ação revisional alterar ou extinguir a relação alimentar anterior; destarte, emerge como substrato de um novo questionamento judicial, já que a superveniência de fatos imprevisíveis (rebus sic stantibus) justifica o exercício de novo e superveniente direito subjetivo. (CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Alimentos e coisa julgada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988. cit p.17). E ainda: “Trata-se de uma cláusula rebus sic stantibus para a sentença de alimentos, um vez que, “enquanto permanecerem as circunstâncias de fato e de direito da forma como afirmadas na sentença, esta permanece com sua eficácia inalterável. Modificadas as circunstâncias sob as quais foi proferida a sentença, é possível o ajuizamento de nova ação de alimentos (revisional) - NERY JUNIOR, Código de Processo Civil Comentado / Nelson; NERY., Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Cit p.931

³² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A coisa julgada nas ações de alimentos**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio\(2\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(2)%20-formatado.pdf)

exoneratória de alimentos.

O art. 1.699 do CC autoriza a revisão do patamar dos alimentos fixados quando houver alteração na situação inicial existente quando da determinação da obrigação alimentar, sendo necessário que esta tenha gerado um desequilíbrio na proporcionalidade entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.

Por conseguinte, conforme aduz o art. 2º da Lei de Alimentos³³, no momento da propositura da ação, o requerente deverá expor os fatos, comprovando a “relação de parentesco ou a obrigação alimentar do devedor”, indicando as suas necessidades e “quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe”.

Desta forma, o devedor ou o credor dos alimentos, além de especificar a sua situação atual, deverá também demonstrar e comprovar a mudança fática que desequilibra a proporcionalidade do binômio necessidade-possibilidade, que justifica a propositura da demanda, ou seja, deverá demonstrar de forma plausível o fato constitutivo do seu direito.

Por conseguinte, aplicando-se a regra geral do ônus da prova estatuída pelo Código de Processo Civil, em seu art. 373, além de demonstrar a plausibilidade do seu pedido na inicial, durante o decorrer da instrução processual, o autor da demanda deverá comprovar os fatos constitutivos do seu direito, qual seja a relação que legitima a obrigação alimentar e a mudança da situação fática prévia. Já ao réu, incumbirá provar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor e, caso não haja qualquer um deste, fazer contraprova das alegações do direito constitutivo daquele. Nesse sentido são os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

ALIMENTOS. Ação revisional - O que deve provar o autor. Na ação revisional de alimentos deve-se provar a necessidade de ser a pensão alterada e que o alimentante tem condições de suportar sem aumento. (TJMG, 3ª Câm. Cível, Ap. n.º 49.997, v.u., j. 09/08/79 - RT 541/256).

Recai sobre o autor da ação revisional de alimentos o ônus de demonstrar mudança em sua situação financeira ou na de quem recebe a verba para obter a alteração do seu valor” (TJMG. 4a C., Ap. no 1.0024.08.084399-8/001, rel. Des. Heloisa Combat, j. 10.2.2011³⁴).

³³ “Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.”

³⁴Nesse sentido: TJMG. 1a C., Ap. no 1.0607.07.036553-3/001, rel. Des. Eduardo Andrade, j. 20.7.2010.

No caso da ação revisional que pleiteia a majoração do *quantum* alimentar, caberá ao credor dos alimentos provar a sua legitimidade na propositura desta, bem como o agravamento de sua necessidade ou a melhora na situação econômico-financeira do devedor, fazendo prova do que for por ele alegado.

Por outro lado, caso a ação revisional tenha sido ajuizada pelo credor, com fins a redução da quantia previamente fixada, este poderá alegar a diminuição da necessidade do alimentado ou a sua redução de sua capacidade financeira em adimplir com a obrigação, encarregando-se também de produzir provas nesse sentido.

Quando a ação revisional é pleiteada pelo credor, sob a alegação do aumento de suas necessidades ou, pelo devedor, na redução de sua possibilidade, a prova é de fácil obtenção, uma vez que são fatos relativos a vida destes.

Por outro lado, quando a demanda se baseia na alegação por parte do credor da melhora da condição econômico-financeira do devedor, ou, pelo devedor, argumentando por sua vez a redução das necessidades do credor, o cenário é mais complicado.

O que torna a ação revisional mais difícil se deve ao fato de que as provas necessárias à elucidação da questão atinentes à necessidade e à possibilidade das partes adentram à esfera da privacidade e da intimidade da pessoa, o que torna sua obtenção mais difícil ou quase impossível.

O Direito de Família circunda a esfera privada dos indivíduos que, em muitas das vezes, não possuem contato ou encontram-se distantes uns dos outros. Nesse contexto, a obtenção de prova é extremamente dificultosa e pode ensejar na violação da dignidade de ambas, da privacidade e intimidade da parte adversa. Em consequência, ainda que possível sua produção, esta pode se consubstanciar em prova inapta e ilícita aos olhos do julgador.

Ao credor, é extremamente árduo produzir provas acerca das alterações na necessidade do alimentado e, a este, da mesma forma, em comprovar a melhora na capacidade financeira do credor, por não possuir meios para sua obtenção. Por exemplo, neste último caso, são raros os casos em que o alimentado possui em suas mãos os contracheques ou extratos bancários do alimentante. A prova mostra-se ainda mais árdua quando o credor é trabalhador autônomo ou informal e não possui renda fixa.

É perceptível que o requerido se encontra em posição confortável quanto ao ônus da prova nestas ações, vez que, pela regra geral, irá apenas realizar contraprova dos fatos alegados pelo autor e provar algum fato negativo do direito daquele, quando argumentá-lo.

Na revisional que majora os alimentos, em sede de contestação, o genitor somente

alegará a sua impossibilidade em pagar os alimentos pleiteados, mas não irá efetivamente demonstrar qual a sua possibilidade e em qual patamar pode pagá-los. Por exemplo, poderá trazer seu contracheque, demonstrando a sua impossibilidade, omitindo, em contrapartida, a percepção de renda por outros meios, como pela realização de “bicos” ou empreendimentos próprios.

3.2. A regra geral do ônus da prova nas ações revisionais que pleiteiam a majoração do *quantum* alimentar: do ônus dinâmico

De acordo com o explicitado, nas demandas de natureza alimentar é perceptível a existência de uma desigualdade entre as partes frente a hipossuficiência e vulnerabilidade de uma em detrimento da outra.

O alimentado, necessitado da prestação alimentar, aciona o judiciário com fins à obtenção de uma tutela jurisdicional que resguarde seu direito aos alimentos em atenção ao princípio da dignidade humana, da solidariedade familiar e da mútua assistência.

Neste sentido, é dever do ordenamento criar regras que possibilitem a obtenção de um julgamento justo, com acesso igualitário à jurisdição, por meio de uma atividade célere e eficaz, à luz do princípio do acesso à justiça e efetividade do processo (Art. 5º, XXXV da CF).

A aplicação da regra estática nas ações revisionais de alimento que pleiteiam a majoração da verba alimentar é inadequada e não coaduna com os princípios e valores constitucionais contemporâneos, por não atentar às peculiaridades do caso concreto. O autor, ao ter que provar os fatos constitutivos do seu direito mediante a produção de prova da melhora na capacidade financeira do alimentante, acaba por ter violado o seu direito à jurisdição e a um julgamento justo. Isso porque, as partes não se encontram em uma posição de igualdade probatória, vez que o requerido está em posição mais favorável à produção da prova elucidativa do fato controvertido.

Dessa forma, tendo em vista a disparidade entre os litigantes, o magistrado deverá flexibilizar o procedimento por meio da aplicação da exceção prevista no §1º do art. 373 do CPC/15. Ou seja, ele irá distribuir o ônus de acordo com as particularidades do caso, garantindo a igualdade substancial e a paridade de armas entre as partes.

Independente do sujeito que ajuíza a ação (seja um menor ou até o Ministério Público), uma das maiores dificuldades para o sucesso desta demanda é fazer prova da condição econômico-financeira do devedor, em especial quando ele é trabalhador autônomo ou não

possui renda fixa. Por outro lado, conforme exposto, é mais fácil ser obtida pelo requerido a prova da impossibilidade de pagar os alimentos pleiteados em face da permanência da situação fática prévia, por ser relativa à sua esfera privada, ou seja, por ele se encontrar em maior proximidade da prova.

Para a teoria dinâmica do ônus da prova, é irrelevante a posição das partes no processo e a natureza do fato, elas devem provar, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito. O que importa é a verificação pelo julgador de qual parte possui maior facilidade na obtenção de determinada prova elucidativa do fato controvertido, em atenção às particularidades do caso concreto.

Neste contexto, diante da impossibilidade da obtenção da prova pelo requerente referente à alteração (melhora) da possibilidade do credor em pagar os alimentos (*probatio diabolica*), a pedido de qualquer uma das partes e utilizando-se do regramento contido no §1º do art. 373 do CPC/15, o julgador poderá distribuir diversamente o ônus quanto a este fato na fase de saneamento, mediante decisão fundamentada, dando à parte adversa o direito ao contraditório.

Com a dinamização, sobre o requerido recairá o ônus de provar que a sua impossibilidade em pagar os alimentos, juntando aos autos provas acerca da sua condição financeira, como extratos bancários, contracheque, comprovantes das despesas mensais, entre outros, sob pena de ver os alimentos majorados.

Em que pese o exposto, ressalta-se que continuará recaindo sobre o autor o ônus de demonstrar a existência da obrigação alimentar, a sua necessidade (quando esta não for presumida) e a alteração da proporcionalidade dos alimentos em decorrência da modificação da situação fática. Desta forma, permite-se que o julgador fixe os alimentos sob o prisma da proporcionalidade.

Quando o requerido não demonstrar corretamente sua real condição econômico-financeira ou não juntar provas de sua impossibilidade, tal fato só poderá prejudicar a ele, e não ao alimentado. O descumprimento do ônus, assim, não acarretará em uma decisão de improcedência do pedido face ao critério de julgamento consubstanciado no ônus da prova.

Por conseguinte, salienta-se que o magistrado não estará adstrito a tal comprovação por parte do requerido para a fixação dos alimentos, de modo que o faça em patamar ínfimo e irrisório. Muito pelo contrário, poderá fazê-lo em atenção às necessidades do alimentado, comprovadas nos autos, mediante a utilização de outros instrumentos, como por exemplo, pela aplicação da teoria da aparência.

É claro que agindo de má-fé, a omissão do alimentante não pode resultar em seu

benefício, porque é dever das partes atuarem de forma diligente e em conjunto, com fins à solução justa e efetiva à lide, conforme o princípio da cooperação (Art. 6º do CPC). O ônus dinâmico resguarda o ordenamento neste sentido.

A aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova nas ações de alimentos e, em especial, na revisional que busca majorá-los, é plenamente cabível, e até imprescindível, posto que resguarda os valores e preceitos constitucionais. Tanto o é, que mesmo antes do advento do Novo Código de Processo Civil os tribunais já coadunavam com tal aplicação, fazendo-a em seus julgados por meio da utilização dos critérios para a inversão do ônus previstos no microssistema do direito consumerista e pela interpretação sistemática dos princípios constitucionais, como o da boa-fé, do acesso à jurisdição, da isonomia e da cooperação.

Um exemplo é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que previu em sua 37ª Conclusão do Centro de Estudo que: *“Tratando-se de alimentos, é do alimentante o ônus de fazer prova sobre suas possibilidades”*. Em consequência, julgou inúmeras causas neste sentido, *in verbis*:

Apelação cível. União estável. Alimentos. Ausência de prova da alegada impossibilidade de arcar com os alimentos no valor fixado. Ônus do alimentante. Conclusão n. 37 do centro de estudos deste Tribunal. O apelante sustenta que não tem condições de pagar alimentos aos dois filhos menores no valor 50% do salário mínimo, alegando desemprego. Todavia, pela sua carteira de trabalho, a última contratação se deu em 1996, não se mostrando razoável supor que esteve desempregado em todo este período - até porque o casal litigante teve cinco filhos e ele manifestou interesse de, na partilha, ficar com o caminhão, que disse ser seu instrumento de trabalho. A propósito do ônus da prova, dispõe a Conclusão n. 37 do Centro de Estudos deste Tribunal que em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado. Negaram provimento. Unânime” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ApCiv 70057145740, 8.a Câm. Civ., j. 05.12.2013, rel. Luiz Felipe Brasil Santos).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. AUMENTO DAS NECESSIDADES DA ALIMENTANDA COMPROVADO. ENCARGO MAJORADO EM PARTE. IMPOSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA. CONCLUSÃO Nº 37 DO CENTRO DE ESTUDOS DO TJRS. SENTENÇA CONFIRMADA.

A alteração do valor dos alimentos se justifica quando comprovado desequilíbrio no binômio necessidade-possibilidade. Hipótese em que está comprovado nos autos o

aumento das necessidades da alimentanda e, em contraponto, não está demonstrada a impossibilidade do alimentante, tampouco comprovada a desnecessidade da alimentanda que, no curso do processo, atingiu a maioridade. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70065427866, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/02/2016).

O próprio Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão com o entendimento de que cabe ao alimentante o ônus de provar a sua capacidade em arcar a obrigação alimentar:

PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. CAPACIDADE DE SUPORTAR A CONDENAÇÃO EM ALIMENTOS. ÔNUS DA PROVA. AUTOR. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Não há violação do art. 535, CPC, quando o acórdão recorrido examina todas as questões levadas ao seu conhecimento, manifestando-se expressamente sobre os pontos invocados pela parte interessada.

II - Nos termos da boa doutrina, "a impossibilidade econômica do alimentante, como fato impeditivo da pretensão do alimentando, deve ser provada pelo réu, como objeção que é."³⁵

Por sua vez, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo coadunando com tal posicionamento, aprovou sua tese nº 57, sob a seguinte redação: “Nos processos judiciais que versem sobre pedido de alimentos, é do alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado. (III Encontro Estadual – 2009).”

Isto posto, denota-se a essencialidade da dinamização do ônus nas ações de alimentos e o avanço processual obtido com o advento do novo código. O que antes consubstanciava-se em uma tendência jurisprudencial e doutrinária, restou-se agora, consagrado pelo ordenamento, ensejando na possibilidade (e até na obrigatoriedade) da aplicação do ônus dinâmico em sede das ações de alimentos, de forma universal, em razão da previsão expressa da adoção da teoria pelo ordenamento pátrio.

Agora, diante do implemento da exceção frente a casos peculiares que dela necessitam,

³⁵ (REsp 166.720/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 153).

como nas ações revisionais, a efetivação de um processo justo tornou-se mais fácil. Não há mais a necessidade de se realizar um controle de constitucionalidade mediante o afastamento da incidência da regra estática com a utilização do postulado da razoabilidade, conforme ocorria anteriormente.

Tornou-se possível a efetivação do direito material mediante o simples requerimento ao juiz para que distribua dinamicamente o ônus, demonstrando-se a posição desfavorável da parte para a obtenção da prova. O juiz, tomando posição ativa e diretiva no processo, à luz do princípio da cooperação e da isonomia, distribuirá o ônus na decisão saneadora de forma a adequá-lo às peculiaridades do caso, dando à parte adversa oportunidade para se desincumbir do ônus.

Em síntese, o doutrinador José Carlos Teixeira Borgis apontou assertivamente o que foi aqui exposto:

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.

Tome-se como exemplo a situação de um menor que ajuíza ação de alimentos contra o pai que exerce profissão liberal.

A lei é expressiva em recomendar a distribuição da prova: ao autor compete demonstrar suas necessidades e a fortuna da pessoa obrigada (artigo 1.694, § 1º, CC); ao demandado cabe produzir a exceção, alegando que as carências do infante não são as alegadas e de que não dispõe de recursos suficientes para cumprir o dever de sustento.

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 afetará 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.³⁶

Imprescindível, portanto, a aplicação da distribuição dinâmica nas ações de alimentos, principalmente da que pleiteia a majoração do patamar alimentar previamente fixado, tornando sua aplicação uma universalidade nestas modalidades.

³⁶ GIORGI, José Carlos Teixeira. **A prova dinâmica no Direito de Família**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6106.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, com feições neoconstitucionalistas e instituidora de um Estado Democrático de Direito, inseriu no ordenamento regras e princípios destinados à proteção e garantia dos direitos humanos e fundamentais. Destarte, suas disposições ganharam força normativa impondo uma reinterpretação e harmonização de todo o texto infraconstitucional em consonância com estes preceitos.

À luz dessa nova visão constitucional, o processo civil deixou de ser um condensado de regras de aplicação do direito material, rompendo com sua concepção formalista e rígida. Em consequência, tornou-se um instrumento de efetivação das garantias fundamentais mediante proteção e efetivação do acesso à justiça, cuja interpretação deve ter por diretriz a garantia da efetiva tutela jurisdicional, o julgamento justo e aplicação dos direitos e princípios fundamentais.

O Processo Civil possui regras e instrumentos procedimentais com fins ao deslinde das demandas e à subsequente prolação de uma decisão. A prova e as disposições acerca da distribuição dos encargos probatórios são algumas das ferramentas utilizadas para alcançar esse objetivo.

O ordenamento adota como regra geral a teoria estática do ônus da prova que considera a posição das partes no processo e a natureza dos fatos controvertidos objetos de prova.

Tal regra é pré-determinada na lei, sendo fixa, abstrata e genérica, e, ao ser aplicada, não se faz uma análise das particularidades do caso concreto e das dificuldades fáticas presentes no momento da produção da prova.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova nos parágrafos do seu artigo 373 como regra supletiva e subsidiária à regra geral predisposta no *caput deste*.

Diante disto, a nova legislação permitiu ao julgador atuar de forma ativa e diligente no processo quando as situações fáticas do caso concreto resultarem em obstáculos à produção da prova, tornando-a extremamente árdua ou quase impossível, ou seja, uma prova diabólica. Assim, frente à desigualdade material presente e a disparidade de armas entre os litigantes, o magistrado, por meio de um juízo de ponderação, poderá equilibrar a relação, redistribuindo o ônus. Isso porque, pela distribuição dinâmica albergada pelo *novel codex* o ônus da prova pode recair sobre qualquer uma das partes, independe da natureza de suas alegações e posição no procedimento, a depender das especificidades do caso *sub judice* e da conjuntura da demanda.

Conforme aduz o §1º, constatado os requisitos para a dinamização, consubstanciados na extrema dificuldade probatória de uma das partes face a facilidade da outra em produzi-la, o julgador redistribuirá o ônus em decisão fundamentada na fase de saneamento do processo, indicando qual fato é controvertido objeto da redistribuição. Ainda, deverá oportunizar a parte, a qual foi atribuído o novo encargo, de se desincumbir dele, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Por este ato, estará se possibilitando a reprodução nos autos dos fatos ocorridos, aproximando o julgado da verdade real e capacitando o juiz a proferir uma decisão qualitativa, mais justa e em consonância com os valores constitucionais e direitos fundamentais.

Tanto o é que, ainda sob a vigência do Novo Código de Processo, os tribunais de todo o país já adotavam a tendência de aplicar a distribuição dinâmica em seus julgados, à luz dos princípios constitucionais, tais como o da isonomia, do acesso à justiça, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e o do contraditório e da proteção ao hipossuficiente, previstos no art. 5º da CF.

O enfoque deste trabalho, são características das demandas alimentares, um juiz com uma feição mais intervencionista e a peculiaridade da prova. O Direito de Família, em si, é um ramo dinâmico do direito e, nesse sentido, as normas aplicáveis a ele prescindem também de dinamicidade, porquanto visam regular a própria vida privada. Por conseguinte, a adoção da teoria dinâmica consubstancia-se em um avanço legislativo e instrumental, em especial nessas demandas, por dispor de um meio apto à tutela efetiva dos casos em que a aplicação da regra estática e rígida se mostra inadequada e violadora dos preceitos constitucionais.

Nas ações revisionais de alimentos que pleiteiam a majoração do *quantum* alimentar, a regra estática quase sempre se mostra inadequada na busca da verdade real e obtenção de um julgamento justo.

Por esta teoria, o autor deveria provar todos os fatos constitutivos do seu direito, inclusive a possibilidade do alimentante em arcar com a prestação e a comprovação da mudança de sua situação financeira (caso esta tenha sido a razão do desequilíbrio na proporcionalidade dos alimentos).

Em quase todos os casos (se não todos), a desincumbência do ônus supracitado é extremamente difícil ou impossível, consubstanciando-se em uma prova diabólica. A prova relativa à condição financeira do alimentante é revestida de sigilo e protegida em vista do direito à privacidade. O alimentado, em quase todos os casos, não tem acesso aos comprovantes da renda do alimentante, principalmente quando este é trabalhador individual ou informal. E, até o próprio acesso ao alimentante pode ser difícil em razão do distanciamento entre eles, seja por

razões íntimas ou geográficas. Assim, o alimentado está diante de uma prova diabólica e pode ter contra si uma decisão fundamentada no ônus como regra de julgamento.

É claro que, nesta situação, é imprescindível a redistribuição do ônus da prova, inclusive, a aplicação da teoria dinâmica no âmbito dessas ações era recorrentemente adotada pela jurisprudência e pela doutrina. Um exemplo, já citado, é a aprovação da tese nº 57 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Ressalta-se que a aplicação da teoria nas ações revisionais de alimentos é plenamente cabível, mesmo que regidas por rito especial, vez que na ausência de regramento legal pela Lei 5.478/68, por autorização do art. 1.046, § 2º, do CPC, a regra do ônus dinâmico previsto no NCPC será aplicada supletivamente.

Faz-se clara a urgência na aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova nessa ação (e nas outras ações de natureza alimentar) por permitir a efetivação dos princípios constitucionais e fundamentais basilares do processo basilar. Dessa forma, independente da posição das partes no processo, incumbirá ao réu o ônus de comprovar sua condição econômico-financeira e sua impossibilidade em pagar os alimentos, vez que se está concerne a sua esfera privada e está em maior proximidade dela.

Por conseguinte, o autor da ação deverá comprovar apenas a relação que legitima o pleito dos alimentos e sua necessidade, caso não seja menor (vez que nessa hipótese a necessidade é presumida). Não há como sujeitar o alimentado à comprovação dos ganhos do alimentado, porquanto essas informações são revestidas de sigilo e protegidas pelo direito à privacidade, consubstanciando-se, assim, em uma prova diabólica.

Portanto, diante da presença da prova diabólica em face do autor de alimentos, há a necessidade de se adotar, inclusive universalizar tal adoção, a ação revisional de alimentos que pleiteia a majoração da pensão alimentícia.

O alimentado é indivíduo hipossuficiente e vulnerável e o ordenamento deve aplicar da forma mais efetiva suas regras na promoção e proteção dos direitos dele.

Conclui-se que, em suma, a dinamização do ônus na ação revisional de alimentos que pleiteia a majoração do *quantum* alimentar é instrumento cabível (por previsão expressa no novo código de processual) e imprescindível para a tutela efetiva dos direitos do alimentado, devendo, inclusive, ser aplicado de forma universal nesta modalidade.

A técnica harmoniza o procedimento com os princípios constitucionais e basilares do processo, como o acesso à justiça, à isonomia, à boa-fé, à cooperação, à dignidade da pessoa humana, da tutela jurisdicional efetiva, dentre outros. Ainda, ela adequa as normas processuais às peculiaridades do caso concreto, mediante uma atuação mais participativa do juiz (sob a ótica

de um processo publicista), de forma a evitar uma decisão baseada no ônus como regra de julgamento, o que acaba por aproximar o Direito e o Estado da realidade social vivenciada pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Lorena Carneiro Vaz de Carvalho. **Revisional de alimentos: requisitos e possibilidade jurídica**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41913/revisional-de-alimentos-requisitos-e-possibilidade-juridica>.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

ALVIM, Thereza Arruda. **O Novo Código de Processo Civil - Estudos Dirigidos: Sistematização e Procedimentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil**. Revista Jurídica Unijus, Uberaba: Universidade de Uberaba, v. 11, n. 14, maio, 2008.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura. **A consolidação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no novo CPC**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42041/a-consolidacao-da-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-novo-cpc>.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil: Aspectos Atuais e Controvertidos com Enfoque na Jurisprudência**. 2. p.322 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário**. 4. ed. São Paulo Saraiva. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6. ed. Salvador: Revista dos Tribunais, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. Dialética. nº 31. 2005.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Ministério Público Resolutivo e Dinamização do ônus da prova quanto à condição econômico-financeira do devedor de alimentos**. Disponível em: <https://congressonacional2017.amp.org.br/public/arquivos/teses/61.pdf>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPES, Artur Thompsen. **A prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. 176 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

CASTRO, Vitória Izabel Silva Souza; JAJAH, Morisa Martins. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.** 377-390 fl. Patos de Minas - Centro Universitário de Patos de Minas. 2012.

CATALAN, Marcos. **A proporcionalidade na fixação da verba alimentar:** desconstruindo o trinômio. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/artigos/ed5-10.pdf>

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

COSTA, Lucas Sales de. **O ônus da prova no CDC: sua diversidade e falsa inversão.** **Revista de Doutrina e Jurisprudência, Brasília.** p3-22, dez. 2016.

COUTO, Camilo José D'avila. **Dinamização do ônus da prova:** teoria e prática. 280 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DALL' AGNOL JR., Antonio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios,** RT 788/98, São Paulo: Editora RT, junho/2001. in ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras do ônus da prova,** São Paulo: Malheiros editores, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos, ônus e encargos.** Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_534\)6_alimentos_onus_e_encargos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_534)6_alimentos_onus_e_encargos.pdf)

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil.** 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, vol. I, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, v. 1, 2 e 3, 2009.

FAGUNDES, José Laurindo De Souza Netto Higor Oliveira. **Limites à distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual civil.** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/Klel2x6eX019scVW.pdf>

FARIA, Cristiano Chaves de et al. **Tratado de Direito das Famílias.** 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 1064 p, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das famílias.** v.6. 9 ed.. Salvador: JusPodivm. 2017.

FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André .**A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no NCPC.** Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2013.

FUGA. Augusto Sampaio Fuga. **PROVAS NO NOVO CPC:** Teoria geral das provas. Provas em espécie - inovações e implicações práticas. A teoria do ônus dinâmico probatório. Novidades da fase instrutória. Brasília: RVMD, V. 9, no 2, p. 330-362, Jul-Dez, 2015.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A prova dinâmica no Direito de Família.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_i

d=6106.

GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais.** Revista da Ajuris, Porto Alegre: Ajuris, v. 35, n. 109, mar. 2008.

GODINHO, Robson Renault. **A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro.** Civil Procedure Review, v.4, n.1: 36-86, jan-abr., 2013.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais.** Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.

HERNANDES, Bruna Molina. **A inversão do ônus da prova nas ações de alimentos: baseada na teoria geral de inversão do ônus da prova extraível do Código de Defesa do Consumidor e nos princípios constitucionais.** 328 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos.** São Paulo: Atlas, 2011.

LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. **Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise da viabilidade.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 99, jun. 2011.

LOPES, João Batista. **Cargas dinâmicas da prova no novo CPC.** 41 f. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, no 41, p. 33-41, Julho-Setembro/2015. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101574/cargas_dinamicas_prova_lopes.pdf

LOURENÇO, Haroldo. **A dinamização do ônus da prova no CPC/15.** Disponível em: <http://haroldolourenco.com.br/artigos/dinamprova.pdf>

MACHADO, Antonio Claudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado e anotado.** Barueri: Manole, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de novo Código de Processo Civil.** Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 37, n. 208, jun. 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MALAGÓ, Fábio Machado. **Distribuição dinâmica do ônus da prova.** 2014. 29 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MARCASSA FILHO, André Luiz. **Técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade no processo civil.** 223 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** 5. ed, rev. e atual. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto.** Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 10.10.17.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas.** 1. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Pedro Henrique. 2014. **Dos alimentos e suas propriedades no âmbito jurídico e do binômio “necessidade-possibilidade”.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33472/dos-alimentos-e-suas-propriedades-no-ambito-juridico-e-do-binomio-necessidade-possibilidade>.

MELLO, Sabrina Blaustein Regino de; CÁCERES, Fábio. **Teoria da distribuição dinâmica da prova no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <https://www.lex.com.br/doutrina/27439133-TEORIA-DA-DISTRIBUICAO-DINAMICA-DA-PROVA-NO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.aspx>

MENDONÇA, Letícia Braz. **Distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo Código de Processo Civil.** Presidente Prudente: Encontro Nacional de Ensino, Pesquisa e Extensão. 2015.

MILANI, Imaculada Abenante. **Alimentos - O direito de exigir e o dever de prestar.**, Juarez de Oliveira, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MITIDIERO, Daniel (Org.). **O processo civil no estado constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo.** 147 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10183/13221> > Acesso em 8 de outubro de 2017.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 13. ed. São Paulo: SANTOS, Gil do. A prova no processo civil. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et. al. **Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.** São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques De; COZZOLINO DE OLIVEIRA, Patrícia. **Curso de Direito Processual Civil - Parte Geral - Vol. I.** São Paulo: Ed. Verbatim, 2015.

PIRES, Cristiane Pedrosa. **Distribuição dinâmica do ônus da prova.** 147 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Ação revisional de alimentos:** Conteúdo e eficácia temporal das sentenças Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Gilberto%20Porto\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Gilberto%20Porto(3)%20-formatado.pdf).

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **A natureza jurídica da obrigação alimentar.** 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9045/a-natureza-juridica-da-obrigacao-alimentar>
SANTOS, José Carlos van Cleef de Almeida. **O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica.** Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 101, n. 924, out. 2012.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho.** Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Síntese, n. 202, p. 16, abr.2006.

SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. **A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos.** São Paulo: Revista dos Tribunais: RT, v. 103, n. 943, p. 155-182, maio 2014.

SILVEIRA, Bruna Braga da. **Notas sobre a teoria dinâmica do ônus da prova.** Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 52, out.-dez. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade processual no Novo CPC.** Disponível em: <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf>

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prova. Princípio da verdade real. Poderes do Juiz. Ônus da prova e sua eventual inversão.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 3, 1999.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de direito processual civil.** 51. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC:** fundamentos e sistematização. 423p,2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, Coleção Direito civil, v. 6, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O ônus da prova.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 200, maio 2005.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.