

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Christine Siviero de Souza

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS: As  
inovações com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015**

Porto Alegre  
2017

Christine Siviero de Souza

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS: As inovações com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin.

Porto Alegre  
2017

Ao meu companheiro de vida: Leonardo.

## **AGRADECIMENTOS**

Mais uma vez, necessário agradecer a todos aqueles que fizeram e fazem parte do meu crescimento diário – acadêmico, profissional e pessoal.

A Deus, pela vida e pelas oportunidades que me foram concedidas.

Aos meus pais, Roselena e Luis Francisco, e meu irmão, Filipe, pelo apoio, amor e incentivo incondicional.

Ao meu namorado, Leonardo, pelo carinho, amizade e companheirismo durante toda essa trajetória.

Aos meus amigos e família, por sempre acreditarem em mim.

Aos meus – atuais e passados – chefes e colegas de trabalho pelo constante aprendizado e experiência.

Aos meus mestres e professores, por todos os ensinamentos divididos.

E a todos que fizeram parte dessa trajetória - direta ou indiretamente -, meu muito obrigada.

“C’est le temps que tu as perdu pour ta rose qui fait ta rose si importante.”

*Antoine de Saint-Exupéry*

## RESUMO

Mapeia a matéria das provas no atual ordenamento jurídico brasileiro. Define o que são provas, qual a sua finalidade e a quem são destinadas. Destaca quais os meios de prova atualmente e as mudanças, para posteriormente estabelecer a quem incumbe provar cada fato. Caracteriza-se por ser uma pesquisa de caráter bibliográfico que tem como desafio estudar as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil quanto aos meios de prova. Apresenta algumas inovações trazidas pela Lei 13.105/2015. Conclui que, dentre essas inovações, no que tange à matéria de provas, a disposição expressa acerca da dinamização da distribuição do ônus probatório é das mais importantes.

**Palavras-chave:** Provas. Inovações. Meios de prova. Tipos de prova. Ônus probatório.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

|          |  |
|----------|--|
| ART.     | Artigo   |
| ARTS.    | Artigos  |
| CC       | Código Civil   |
| CF       | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| CPC/1973 | Código de Processo Civil de 1973 – Lei 5.869/1973      |
| CPC/2015 | Código de Processo Civil de 2015 – Lei 13.105/2015     |
| CRFB     | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| LA       | Lei de Alimentos                                       |
| L        | Lei  |

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>8</b>  |
| <b>2 A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....</b>   | <b>9</b>  |
| 2.1 A FINALIDADE E O DESTINATÁRIO DA PROVA.....   | 9         |
| 2.2 OS MEIOS DE PROVA E O <i>ONUS PROBANDI</i> .....  | 12        |
| <b>3 AS AÇÕES DE ALIMENTOS.....</b>   | <b>17</b> |
| 3.1 RITO E LEI ESPECIAL.....  | 17        |
| 3.2. A PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS.....  | 19        |
| <b>4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COM A ENTRADA EM<br/>VIGOR DA LEI 13.105/2015 .....</b> | <b>22</b> |
| 4.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA .....   | 22        |
| 4.2 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS.....  | 25        |
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b>  | <b>30</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>32</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.105/2015 entrou em vigor em 18 de março de 2016 trazendo alterações significativas na dinâmica probatória, impactando as partes desde suas relações extrajudiciais até as atuações processuais. Este Novo Código de Processo Civil é considerado um grande avanço na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que foi construído e elaborado por meio de inúmeros conceitos, democraticamente.

A Lei 13.105/2015 acaba por alinhar as disposições existentes no CPC/1973 com todos os atos que já eram praticados na vida fática, garantindo uma atuação jurídica das partes de forma equilibrada e conjunta. Efetivamente visa à valorização do princípio do contraditório, imprescindível no estado democrático de direito, e cuja presença é marcante em diversos procedimentos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

Um dos grandes avanços apresentados no novo sistema processual é a previsão legal de dinamização do ônus probatório. A regra geral aplicada – de que o autor deve comprovar os fatos constitutivos do seu direito – muitas vezes não está ao alcance da parte que ingressa com a ação, em especial, nas ações de alimentos, tendo em vista a dificuldade do alimentando comprovar as reais possibilidades do alimentante.

Objetiva-se, portanto, mapear o cenário da matéria das provas no atual ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta-se como principal abordagem as inovações trazidas com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, conceituando e analisando definições a respeito do tema.

Ainda, podem ser destacados como objetivos específicos da pesquisa discutir o conceito de prova no Direito, abordando a sua finalidade, destinação e os meios possíveis, por meio de um levantamento bibliográfico sobre o tema. Da mesma forma, será feita uma breve explanação acerca dos alimentos como instituto jurídico e a sua Lei Especial. Por fim, será discutido o tema da distribuição do ônus da prova, em especial, no Código de Processo Civil de 2015.

## 2 A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A palavra prova deriva do latim *probatio*, do verbo *probare*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento. Segundo o dicionário Michaelis<sup>1</sup> provar é *demonstrar a veracidade ou a autenticidade de algo através de provas documentais, fatos, testemunhos e, ainda, demonstrar, evidenciar, revelar*.

Segundo leciona Eduardo Cambi<sup>2</sup>, o termo é plurissignificante, de forma que pode ser conceituado como meio, atividade e resultado. É meio por se tratar de instrumento que está à disposição das partes para demonstrar a veracidade da situação conforme arguiu. Por ser submetida a procedimento de admissibilidade, produção e valoração, é considerada, também, atividade. Por fim, tendo em vista que sua realização busca formar a convicção judicial, trata-se, ainda, de resultado.

### 2.1 A FINALIDADE E O DESTINATÁRIO DA PROVA

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a *ideia da prova evoca, naturalmente, e não apenas do processo, a racionalização da descoberta da verdade*.<sup>3</sup>

O que é discutido no processo são as afirmações feitas sobre os fatos trazidos e as impressões das pessoas acerca deles. É quase impossível fazer a valoração acerca da verdade absoluta do fato, o que se pode atingir é a veracidade sobre o que **se diz** deste.<sup>4</sup>

Segundo lecionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira, podem ser definidas três teorias que explicam a finalidade da prova:

- a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no

---

<sup>1</sup> MICHAELIS. **Dicionário Michaelis**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/provar/>>. Acesso em: 18 set. 2017.

<sup>2</sup> CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 21.

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Volume 2 - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 250

<sup>4</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 52.

processo; c) a que entende que sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.<sup>5</sup>

A primeira teoria que trata da verdade não prevalece, pois não se pode ter a certeza da verdade real, a qual é inatingível. Ou seja, dentro de um processo deve-se contextualizar a verdade e vinculá-la a cada situação.

Quanto às demais teorias, a que trata da fixação dos fatos trazidos à ação, é admitida em razão da impossibilidade de se atingir a verdade absoluta dos fatos. Dessa forma, alguns requisitos são estabelecidos para que as alegações trazidas aos autos possam ser reputadas como verdadeiras ou não.

Já a terceira, embora seja a mais efetiva em se tratando de finalidade, não é somente o convencimento do juiz que deve ser levado em conta. Segundo Didier, as próprias partes devem estar convencidas das suas alegações e dos seus direitos<sup>6</sup>.

A prova é uma garantia constitucional, conforme a CRFB, art. 5º, LV<sup>7</sup>, que assegura expressamente o contraditório. Dessa forma, é oportunizado a demandantes e demandados o direito de se manifestarem acerca das alegações e o material probatório trazido pela outra parte antes de qualquer decisão do juiz.<sup>8</sup>

Classicamente, no modelo subjetivo, entendia-se que as provas deveriam ser destinadas ao juiz, a fim de convencê-lo das alegações. Não existia qualquer critério externo e o magistrado julgava o processo segundo as provas produzidas nos autos, não podia ele mesmo buscar a produção da prova.

As provas produzidas eram aquelas que o julgador entendia necessárias, podendo dispensá-las se já estivesse convencido. Chamava-se de contraditório fraco, em que o juiz não tinha o dever de analisar documentos, o *standard* de suficiência era dado com base no seu convencimento.

---

<sup>5</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 54.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>8</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por Artigo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 640.

## Segundo leciona Didier:

Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber quanto aos fatos, para que possa decidir.<sup>9</sup>

Posteriormente, com a entrada em um Estado Constitucional, o modelo de provas passou a ser objetivo. Dessa forma, o próprio processo tornou-se o destinatário da prova:

[...] também elas, partes, são destinatárias da prova – e, tal como o juiz, destinatárias diretas, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado [...] ou mesmo evitar a judicialização de um conflito.<sup>10</sup>

Ou seja, a partir desse momento, todos aqueles que terão acesso ao processo são os destinatários da prova e a verdade passou a ser influenciada pelo mundo externo, podendo o juiz também produzir provas.

Com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 foi introduzida em nosso sistema processual a **ação probatória autônoma**, regulada pelos arts. 381 a 383. Por meio desta, a produção da prova pode ser deferida a requerimento da parte a fim de atender ao direito à prova, sem necessidade de urgência na justificação. O destinatário da prova, nesse caso, é a própria parte que a pleiteou.

Ocorre que, ainda que haja essa previsão, a prova é, em regra, destinada a formar o convencimento do juiz, tendo em vista que ele é o julgador do mérito da causa e a quem interessa a busca pela verdade<sup>11</sup>. Nesse sentido, percebe-se a justificativa para os poderes instrutórios do juiz dispostos no CPC/2015, art. 370:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.  
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 57.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Artigo por Artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 644.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em:

<[http://bwww.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://bwww.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

Tudo isso porque o processo é o meio pelo qual as partes buscam, mediante intervenção estatal, uma solução para seu conflito privado. Ou seja, estar provado no processo significa, a partir de então, a existência de elementos de corroboração suficientes para que o juiz solucione a situação fática das partes trazida ao processo.

## 2.2 OS MEIOS DE PROVA E O *ONUS PROBANDI*

A prova pode ser conceituada de diversas formas, mas todas relacionadas à formação do juízo de convicção no processo. Um dos conceitos de prova diz respeito às formas pelas quais ela será trazida ao processo, podendo ser pessoais – depoimento ou confissão – ou reais – inspeção, perícia e demais provas documentais.<sup>13</sup> Os meios podem ser divididos em diretos e indiretos, ou em típicos e atípicos:

Meio **direto** é a **inspeção**, em que o juiz, no exame pessoal que fará da pessoa, coisa ou lugar, terá percepção direta do fato. As testemunhas e a perícia são técnicas indiretas, porque o juiz terá a percepção do fato por meio das impressões pessoais ou técnicas de um terceiro estranho à lide. As presunções não são meios de prova, mas um raciocínio desenvolvido pelo juiz, a partir de um fato secundário.

[...]

Os meios **típicos** são aqueles **disciplinados na lei** [...]. Os meios **atípicos** são aqueles que a lei não disciplina, mas que **podem ser admitidos pelo juiz desde que repete necessários à formação do seu convencimento**, e sejam **lícitos e moralmente aceitáveis**.<sup>14</sup>

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,

[...] conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.<sup>15</sup>

No mesmo sentido leciona Humberto Theodoro Júnior, quando afirma que *provar é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato*<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Artigo por Artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 638.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Volume 1 - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 560

<sup>16</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume I – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 230.

A prova no Direito, portanto, acaba sendo a fundamentação para a decisão final do juiz. Ela é, no processo, instrumento que valida ou não as proposições das partes, formando o convencimento do juiz diante dos argumentos trazidos aos autos.<sup>17</sup>

Segundo comentam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

**1. Prova.** Várias são as acepções em que se pode surpreender o termo. Pode-se falar em prova como instrumento, como atividade das pessoas do juízo e mesmo como o resultado da compreensão jurisdicional das alegações de fato no processo. Mais especificamente, pode-se compreendê-lo como o meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais.<sup>18</sup>

Os meios que podem ser utilizados para formar esse juízo de convicção estão descritos no CPC/2015, arts. 369 a 484, além da possibilidade de se produzir outras provas que não estejam lá expressas, quando por meios moralmente legítimos (provas atípicas):

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.<sup>19</sup>

Ao depois, percebem-se diversas inovações e destaques no Código de Processo Civil em vigor, regulando diversas situações já ocorrentes no mundo dos fatos.

A primeira, e uma das mais salientes, é a inclusão da ata notarial expressamente como prova típica, no art. 384. Esse documento é amplamente conhecido no meio jurídico e é caracterizado pelo atestado de um fato por um tabelião:

A ata notarial, lavrada exclusivamente por tabelião de notas, nos termos do art. 7º, III, da Lei Federal nº 8.935/1994, tem a finalidade de constatar a existência ou o estado das coisas, pessoas ou outros objetos, com a

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Volume 2 - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 258-259.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 464.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

presunção de veracidade típica dos documentos públicos. Nela, o tabelião descreve os fatos que presencia, tanto no recinto interno ou em local externo à serventia, ou ainda em ambiente virtual, atribuindo fé pública àquilo que constatar.<sup>20</sup>

Além disso, há uma correção técnica do CPC/1973, art. 352, que dispunha:

Art. 352. A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada:

I - por ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita;

II - por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento.

Parágrafo único. Cabe ao confitente o direito de propor a ação, nos casos de que trata este artigo; mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros.<sup>21</sup>

Já o art. 393 da Lei 13.105/2015, passa a não mais prever o cabimento da ação rescisória para desconstituir julgamento de mérito baseado em confissão viciada. Dessa forma, apenas pode ser anulada a confissão decorrente de erro ou coação quando o processo em que esta ocorreu ainda estiver em curso, por meio da ação anulatória.<sup>22</sup>

Ainda quanto à confissão, o art. 394 acaba regulando norma inédita, afirmando que quando se tratar de confissão extrajudicial, *quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal*.<sup>23</sup> Este artigo faz referência aos casos em que são necessárias as provas substanciais:

[...] hipóteses em que se faz necessária a prova substancial, que é aquela que integra o ato jurídico no plano do direito material, estando em absoluta consonância com os arts. 406 e 443,II, CPC. Quando o direito material exige forma determinada para a validade de um ato, esse é inválido em não existindo o instrumento que corporifique essa forma.<sup>24</sup>

Ao depois, mesmo que o momento de produção das provas tenha sido expressamente regulamentado, conforme já referido, a Lei 13.105/2015 passa a admitir, no art. 435:

a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o

<sup>20</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Artigo por Artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 664.

<sup>21</sup> BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>22</sup> WAMBIER, *op. cit.*, p. 678.

<sup>23</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 497-498.

motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.<sup>25</sup>

Além disso, poderá haver a produção antecipada da prova caso *haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*, conforme o disposto no CPC/2015, art. 381.

Cabe salientar, por oportuno, a regulamentação da prova emprestada, esta que foi produzida no decorrer de uma ação judicial e que pode servir como elemento formador de convicção em outro processo. Esta prova será admitida somente no caso de a parte contra quem a prova foi produzida tenha integrado o contraditório no momento da produção. Nesse sentido o comentário de José Miguel Garcia Medina ao art. 372:

A prova emprestada pode ser admitida e a ela dará o juiz o valor probante devido, analisando-a “em conjunto com outros meios de convicção” [...], observando-se o contraditório e a ampla defesa [...].<sup>26</sup>

Com relação ao ônus da prova, consiste em atribuir determinada incumbência ao sujeito, com a qual ele pode obter vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável.

O ônus não se confunde com o dever. Este segundo tem relação com o direito de outro sujeito, enquanto o ônus tem relação com seu próprio interesse. O descumprimento de um dever pode vir a causar a aplicação de sanção, enquanto o descumprimento do primeiro apenas pode ocasionar na perda da sua própria chance. Nesse sentido leciona Didier:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>26</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 625.

<sup>27</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2 - Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 110.

As regras de distribuição do ônus probatório foram fixadas conforme a posição processual que cada parte assume. Caso se encontre no polo ativo da demanda, deverá provar o fato constitutivo do seu direito. Se estiver no polo passivo, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor<sup>28</sup>.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam:

De acordo com o art. 373 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e réu, aparentemente se funda na lógica de que o autor *deve* provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a *inexistência* daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.<sup>29</sup>

Os fatos constitutivos são todos aqueles capazes de gerar o direito que o autor está postulando em sua petição inicial e que, caso demonstrada a sua veracidade, levará à procedência da ação.

Já os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, tratam-se de todo aquele que levaria ao não reconhecimento da narrativa do autor. Os primeiros porque obstaculiza algum dos efeitos que ocorreriam naturalmente da relação jurídica e os modificativos em razão de implicarem na alteração do direito que decorre do fato constitutivo. Já os extintivos, acabam por fulminar qualquer direito invocado pela parte autora, cessando relação jurídica.

O ônus da prova pode ser distribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O primeiro faz a distribuição de forma estática e abstrata, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto e verificar se a forma estabelecida em lei é a melhor para comprovar os fatos daquela demanda em particular.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> CPC/2015, 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.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Volume 2 - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 267.

<sup>30</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2 - Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 114.

### 3 AS AÇÕES DE ALIMENTOS

Todos os seres humanos, desde que concebidos, são naturalmente carentes, devendo ter suas necessidades supridas pelos genitores até que possam, por si só, prover sua subsistência. Porém mesmo depois de adultos, podem precisar de ajuda do próximo, mesmo que momentaneamente, seja por motivos de velhice, doença ou incapacidade para trabalhar.<sup>31</sup>

Nasce aí o dever de auxílio àqueles necessitados e, também, a obrigação jurídica, que traduz o *fundamento moral do instituto, calcado na solidariedade que nasce da comunhão de sangue, de nome, de afeto*.<sup>32</sup>

Os alimentos, como instituto jurídico, tratam-se de matéria de suma importância, tendo em vista a sua relação direta com a sobrevivência e subsistência de quem os recebe. É o direito intrínseco de sobreviver com dignidade, que deve ser tutelado pelo Estado e pela sociedade.

São considerados, ainda, prestações cujo objetivo é satisfazer as necessidades vitais daquele que não pode prover seu próprio sustento. Ou seja, para a fixação dos alimentos devem ser levadas em conta não apenas as despesas do alimentando, mas as suas necessidades, bem como as possibilidades do alimentante.

#### 3.1 RITO E LEI ESPECIAL

Devido à complexidade, urgência e interesse social, as ações de alimentos têm rito especial, previsto na Lei 5.478/68, com o objetivo de tornar mais fácil e célere o seu processamento. Diante dessas características, o legislador buscou trazer inovações capazes de tornar a tramitação desses processos mais ágil e fácil.

Para tanto, foi adotado o Princípio da Concentração da Causa, que prevê a realização do maior número de atos e diligências em uma mesma ocasião.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.29-30

<sup>32</sup> *Idem*.

Segundo a previsão legal, o alimentado pode dispor de instrumentos processuais que lhe asseguram, desde logo, a prestação jurisdicional. Nesse sentido, inclusive, menciona Fernanda Tartuce:

O crédito alimentar tem enorme importância no sistema jurídico brasileiro, sendo objeto de previsões na Constituição Federal, na Lei de Alimentos, no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Estatuto do Idoso. A previsão da obrigação alimentícia é inspirada nos princípios da dignidade humana e da solidariedade; por essa razão, tanto o ordenamento jurídico quanto seus intérpretes procuram tutelar o dependente alimentar com a maior efetividade possível, diligenciando para encontrar respostas céleres e úteis para dirimir seus conflitos.<sup>34</sup>

O rito da ação de alimentos é especial, mesmo que não tenha havido prévia distribuição e anterior concessão do benefício da gratuidade.<sup>35</sup> O credor, de forma pessoal ou por intermédio de advogado, direcionar-se-á ao juízo competente e fará a exposição das suas necessidades. Exige-se, apenas a comprovação da relação de parentesco ou da obrigação de alimentar do devedor e suas possibilidades – com as respectivas qualificações.<sup>36</sup>

A Lei de Alimentos está necessariamente ligada a um vínculo de parentesco, matrimônio ou união estável.

Assim, possibilitando o acesso à justiça e possibilitando que todos tenham condições de propor a ação, é concedido ao requerente o direito de apenas afirmar a sua condição de hipossuficiente para o deferimento do benefício da gratuidade. Não é sequer admitido que a impugnação à concessão do benefício prejudique o andamento do processo, de forma que deve tramitar em autos apartados.

O juiz, ao receber a petição inicial, deverá proferir despacho fixando, desde logo, os alimentos provisórios<sup>37</sup> e, ainda, designando data para a realização de audiência, cuja citação poderá ser feita mediante a via postal.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> *Os atos processuais devem realizar-se o mais proximamente possível um dos outros.* (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 224)

<sup>34</sup> TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 270.

<sup>35</sup> LA, Art. 1º.

<sup>36</sup> LA, Art. 2º.

<sup>37</sup> LA, Art. 4º.

<sup>38</sup> LA, Art. 5º.

Caso o réu não compareça na audiência aprazada, restará revel, o que implica na confissão quanto às matérias fáticas descritas pelo autor na inicial. Já a ausência do autor, importará em arquivamento do processo.<sup>39</sup>

O rito especial será aplicado quando houver absoluta certeza quanto ao polo ativo e polo passivo, devendo o vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar for pré-constituído. Caso contrário, o rito aplicado será o ordinário, cumulando-se o pedido de alimentos com o reconhecimento da obrigação alimentar, seja com o pedido de reconhecimento da união estável ou investigação da paternidade.

Nesse sentido leciona Maria Berenice Dias:

Deixando o obrigado de alcançar espontaneamente os alimentos, é necessário que o credor tenha acesso imediato à justiça. Afinal, trata-se de crédito que visa garantir sua subsistência, sendo indispensável que a ação tenha rito diferenciado e mais célere. Esta é a proposta da Lei de Alimentos (L 5.478/68). Havendo **prova do vínculo de parentesco** ou da **obrigação alimentar**, é assegurado o uso de uma via especial para buscar o seu adimplemento.<sup>40</sup>

Tudo isso em razão da urgência intrínseca nas demandas de cunho alimentar, que autorizam uma alteração da rotina forense.

### 3.2. A PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

A celeridade do rito das demandas alimentares não deve em nada interferir na apresentação de provas, devendo à parte ser possibilitado amplo contraditório, sem restrição, segundo leciona Sérgio Gilberto Porto:

Tema de tamanha envergadura não poderá ser contaminado em homenagem a uma eventual celeridade processual. Não pode e não deve o juiz julgar sem esgotar os meios aptos a demonstrar a realidade e a formar seu convencimento. Não há qualquer razão para a exigência da célere formação de coisa julgada, visto que, enquanto perdurar a lide, poderá a pretensão estar sendo satisfeita com o alcance dos alimentos 'ad litem'.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> LA, Art. 7º.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 607.

<sup>41</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e Prática dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

Assim, sob a ótica do sistema processual, como nas demais demandas, apenas não serão aceitas as provas obtidas por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos, em consonância com a norma constitucional, que restringe a atividade probatória em atenção à proteção à privacidade, intimidade e devido processo legal.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Gilberto Porto:

[...] embora o rito concentrado e célere imprimido pela Lei 5.478/1968, a temática probatória não sofre qualquer restrição, uma vez que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.<sup>42</sup>

Na fase instrutória das demandas familiares, entretanto, pode ser necessária a reconstrução de situações que aconteceram na intimidade das relações ou ter acesso a dados que são deliberadamente ocultados, como os rendimentos do alimentando.

Segundo leciona Rolf Madaleno, nas ações em questão desponta como valor maior a dignidade, de forma que pode se possibilitar a relativização da vedação da prova ilícita quando a situação oferecer risco para a supremacia dos direitos da pessoa, sua honra e dignidade.<sup>43</sup>

Tem-se permitido a utilização de meios de prova que não seriam normalmente em prol da incessável busca pela veracidade dos fatos discutidos nos autos e a justa resolução do caso.

Um exemplo disso é a quebra de sigilo bancário e fiscal a fim de se aferir a real possibilidade do alimentante para preservar o direito do alimentando, pois obscuros os seus reais rendimentos. Conforme destacado pelo Tribunal de Justiça de Goiás, *a ampliação da quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal*, [com a requisição das informações bancárias do alimentante] *por ser medida extrema*,

---

<sup>42</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e Prática dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>43</sup> MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 25 set. 17.

*somente é autorizada quando inexistem elementos de convicção passíveis de demonstrar a situação econômica da parte.*<sup>44</sup>

Da mesma forma, a jurisprudência tem decidido sobre as gravações promovidas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, considerando que não há violação da intimidade:

[...] 1. Alegação de existência de prova ilícita, porquanto a interceptação telefônica teria sido realizada sem autorização judicial. Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. [...] <sup>45</sup>

Por outro lado, quando a gravação é realizada por um interessado, sem que haja a participação dele na conversa, a prova não é admitida. A diferença é a presença da pessoa que promove a gravação no ato comunicativo – seja ele telefônico ou não:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM GUARDA, ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. GRAVAÇÃO CLANDESTINA. OITIVA DA MENOR. As gravações realizadas na casa da genitora constituem prova clandestina, pois obtidas sem autorização judicial, violando assim o disposto no inciso X do art. 5º da CF/88. Eventuais atos de alienação parental podem ser comprovados por meios lícitos, previstos em lei. Ao juiz é destinada a prova, cabendo-lhe deferir a realização daquelas que entender necessárias ao deslinde do feito. A oitiva da infante poderá ser realizada, posteriormente, se assim entender cabível o juízo, após a oitiva das testemunhas. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. <sup>46</sup>

A admissão – ou não – de provas incomuns e, ainda, ilícitas nos demais processos, deve ser analisada e ponderada conforme a situação fática, fazendo-se o juízo de proporcionalidade e levando-se em consideração os princípios e direitos fundamentais envolvidos e que devem ser preservados.

Por esses motivos, há iniciativas que normalmente não seriam aceitas, como a instalação de escuta, contratação de detetive particular, gravação de conversas ou a quebra de sigilo bancário e fiscal.

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento nº 0184606-89.2013.8.09.0000. Relator: Desembargadora Elizabeth Maria da Silva. Goiânia, GO, 09 de setembro de 2013. **DJGO**. Goiânia, p. 244.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 453562, 2ª Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **DJe**. Brasília, 28 nov. 2008. n. 227.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70057151524, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. **DJe**. Porto Alegre, 18 dez. 2013. n. 5228.

## 4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COM A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.105/2015

Os meios de prova podem ser caracterizados como a maneira de se demonstrar da verdade nas teses trazidas a respeito dos fatos discutidos. O CPC/2015 regula expressamente as provas típicas: documental, testemunhal, pericial e a inspeção judicial.

Segundo Araken de Assis, via de regra, essas provas serão produzidas no decorrer do processo, seguindo uma ordem lógica:

As partes produzem a prova documental, desde logo, na petição inicial e na contestação (art. 434, caput). É lícito o juiz, a qualquer tempo, requisitar documentos (prova típica) e realizar constatações (prova atípica). Documentos supervenientes são produzidos nos termos estritos do art. 435; na prática, a junção ocorre a qualquer tempo. Ao mesmo e uniforme regime submetem-se provas típicas (v. g., a confissão extrajudicial) e atípicas (v. g., a prova emprestada), adquiridas pelo processo na forma documental. Deferidos os meios de prova propostos, ou determinada a produção da prova, ex officio, a exibição e a perícia precedem, lógica e cronologicamente, a coleta dos depoimentos das partes e das testemunhas, a realizar-se na audiência (art. 631, caput).<sup>47</sup>

Com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 pode-se perceber algumas mudanças em matéria de provas. Dentre elas destacam-se a previsão legal da ata notarial, a autorização da juntada posterior de documentos, a confissão extrajudicial e a produção antecipada de provas. Uma das mais significativas, entretanto, versa sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório.

### 4.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O atual art. 373 do CPC/2015, repisa aos termos do art. 333 do CPC/1973, trazendo uma teoria estática. Porém com uma grande diferença, a anterior construção jurisprudencial e doutrinária que possibilitava a dinamização desta distribuição, vem disposta expressamente no Código de Processo Civil de 2015. Senão vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

---

<sup>47</sup> ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**: Volume III - Parte Especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 447.

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

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

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

§3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.<sup>48</sup>

Em comentário ao dispositivo supracitado, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...] No plano da atribuição do ônus da prova, pode-se ter uma distribuição fixa do ônus da prova ou uma distribuição dinâmica. A atribuição fixa do ônus da prova ocorre quando a legislação desde logo afirma, a priori e abstratamente, a quem se imputa o prejuízo em razão da falta de prova sobre determinada espécie de alegação. É o que está no art. 373, caput, CPC. De outro lado, o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo, tal como ocorre na previsão do art. 373, §1º, CPC. [...] <sup>49</sup>

Percebe-se, portanto, que essa inovação acaba por ser a de maior relevância, tendo em vista que poderá ser dinamizado o ônus probatório, invertendo-se a obrigação e prejuízo de comprovar os fatos. Tudo isso em busca da isonomia e igualdade das partes no processo. Segundo os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

[...] há situações em que à parte é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato cujo ônus lhe toca, *mas ao adversário é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a modificação do ônus da prova*. Ademais, há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, mas a impossibilidade de esclarecimento do fato deve repercutir em prejuízo para uma das partes, segundo outros critérios do direito material, e não propriamente em base do regime do ônus da prova ou de sua modificação. Nesse caso, o risco deve ser carreado à parte por ele responsável no plano do direito material, respeitado obviamente o contraditório.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 470

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 267

Isso porque nem sempre o autor e o réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi atribuído. Por este motivo, a doutrina passou a adotar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, prova quem pode<sup>51</sup>.

Com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, a distribuição dinâmica do ônus probatório passou a ser regulamentada. O §1º do art. 373 dá ao juiz a autorização para que redistribua o ônus da prova de forma diversa do previsto na regra geral, caso haja impossibilidade ou excessiva dificuldade no cumprimento do encargo, a requerimento da parte ou de ofício.

A quem recair essa redistribuição pode também buscar desincumbir-se desse ônus. A parte não pode ser surpreendida por uma inversão, de forma que o melhor momento para isso é a fase de saneamento do processo, antes mesmo do início da fase de instrução probatória. O que não afasta a possibilidade de posteriormente o juiz constatar a presença dos pressupostos para a redistribuição e determinar essa inversão já com a instrução até mesmo encerrada.

Sobre a questão lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Quando se modifica o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a modificação do ônus da prova significar a imposição de uma perda e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva, a *modificação* do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, *ou quando o autor tem condições de fazer a prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.*<sup>52</sup>

Essa distribuição dinâmica do ônus da prova já vinha prevista no Código de Defesa do Consumidor, porém a forma como vem regrada no Código de Processo Civil de 2015 recebeu amplitude inédita e maior relevância que todas as já citadas inovações. Isso porque o juiz poderá dinamizar a distribuição do ônus probatório quando estiver diante de peculiaridades na causa relacionadas à impossibilidade ou

---

<sup>51</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Volume 2 - Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 125-132

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 266.

à excessiva dificuldade de cumprir o encargo do *caput* do art. 373, não podendo, entretanto, gerar ônus excessivo à outra parte (CPC/2015, art. 373, §2º).<sup>53</sup>

#### 4.2 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

Com a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, a parte que possui melhor condição de produzir a prova dos fatos pertinentes, deve fazê-lo perante o juízo. Isso se levarmos em consideração um modelo processual colaborativo, em que essa colaboração promoverá a isonomia entre os litigantes e salientará o princípio da solidariedade.<sup>54</sup>

Essa teoria restou regulamentada no Código de Processo Civil de 2015 diante da grande aplicação que já havia por parte dos tribunais em demandas que não versavam sobre relações de consumo: responsabilidade médica, contratos bancários e etc., casos em que restava clara a facilidade do demandado de comprovar os fatos constitutivos do direito, que para o autor seria quase impossível.

Nas ações familiares a utilização dessa diferenciação da distribuição do ônus probatório pode ser aplicada em diversas situações, em especial buscando igualar a posição dos litigantes porque em sua maior parte tratam de uma parte hipossuficiente - econômica ou tecnicamente – em relação à outra.

Há enorme dificuldade probatória nas demandas alimentares, porquanto a comprovação da real possibilidade econômica do alimentante resta muito complicada para o autor, nesse sentido os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Apesar de ser do autor o **ônus** de provar os fatos constitutivos de seu direito (art. 373, I, do CPC), não há como onerá-lo com o encargo de provar as possibilidades do devedor e quantificar os ganhos do réu, dados que somente ele tem acesso.<sup>55</sup>

Por esse motivo, inclusive, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul elaborou antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, após conclusão de seu Centro de Estudos, o enunciado nº 37, que diz que *em ação*

---

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Planalto. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

<sup>54</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 342.

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. **Alimentos: Direito, Ação, Eficácia, Execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 188.

*de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado.*<sup>56</sup>

A justificativa ao enunciado foi a seguinte:

Noticia Yussef Said Cahali, em seu clássico DOS ALIMENTOS (3ª. Ed., p. 841/843) a acirrada controvérsia que grassa acerca do ônus da prova, na ação de alimentos, sobre o pressuposto da necessidade do autor. Entretanto, ao abordar o tema na perspectiva da possibilidade, é enfático o Mestre: "Quanto à outra condição há consenso sobre o ônus da prova (...); a impossibilidade do alimentante, como fato impeditivo da pretensão do alimentando, deve ser provado pelo réu, como objeção que é". Assim, apesar de o tema não ser com frequência abordado na jurisprudência, o consenso doutrinário que o cerca é bastante expressivo, e se justifica pela circunstância de que dificilmente o autor de uma ação de alimentos terá acesso a informações seguras sobre os rendimentos do réu. Por isso é que a própria Lei 5.478/68, em seu artigo 2º., carregou ao autor apenas o encargo de provar a existência do vínculo originador da obrigação alimentar e de demonstrar os recursos de que ele mesmo dispõe, deixando, assim, evidente, que o ônus de comprovar a possibilidade do prestador é deste próprio, como fato impeditivo da pretensão alimentar deduzida.<sup>57</sup>

A parte que pleiteia alimentos, por estar nessa condição, já demonstra sua vulnerabilidade, devendo ser tratado de maneira diferenciada buscando a igualdade processual entre as partes. Assim, impor ao pleiteante ônus que lhe é impossível de cumprimento significa obstaculizar seu acesso à justiça. Nesse sentido leciona Artur Carpes:

[...] a jurisdição, através do processo, tem o dever de tornar viáveis as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição, aplicando a lei, portanto, na dimensão dos direitos fundamentais. [...] O direito fundamental de ação – corolário da ordem jurídica justa – passa a ser concebido não meramente como direito a uma sentença de mérito, mas como direito à fixação de técnicas processuais idôneas a traçar técnicas processuais capazes de permitir a proteção das diversas situações conflituosas, mas também o juiz, quando à luz das circunstâncias concretas do caso, revela-se omissa ou inadequada a técnica tipificada na lei.<sup>58</sup>

Além de buscar uma igualdade processual, na maioria dos casos, há entre as partes uma desigualdade material entre o alimentando – pessoa necessitada que precisa de auxílio para a subsistência – e o alimentante – que possui recursos para prover o sustento. A esse respeito lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

<sup>56</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Centro de Estudos do. **Conclusões do Centro de Estudos**. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/centro\\_de\\_estudos/conclusoes.html](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/conclusoes.html)>. Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 76-78.

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), pois nenhuma delas é superior, nem inferior. Nessa linha de ideias, resulta que fixar o quantum alimentar em percentual quem do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana.<sup>59</sup>

E, ainda, em analogia às demandas consumeristas, precursoras na aplicação da dinamização do ônus probatório, cabe ressaltar os ensinamentos de Érico de Pina Cabral:

[...] ao criar mecanismos de inversão do ônus da prova, o legislador tem, entre vários objetivos, o de facilitar a produção das provas essenciais para o processo, em favor da parte débil da relação jurídica. Trata-se de considerar a dificuldade natural ou quase impossibilidade que tem a parte onerada pela regra geral de distribuição do ônus da prova de provar determinado fato. Presume o legislador que a produção desta prova pela outra parte seria relativamente mais fácil.<sup>60</sup>

A vulnerabilidade do autor nas ações de alimentos, por outro lado, pode ser considerada ainda mais abrangente, pois é totalmente dependente do alimentante e da pensão alimentícia para a manutenção das suas necessidades básicas de subsistência.

O Direito de Família possui duas vertentes típicas e que acabam por tornar essa dinamização do ônus probatório ainda mais importante: a peculiaridade da prova e a feição intervencionista do juiz.

A dificuldade da prova nas demandas dessa área são inerentes, de forma que o magistrado deve atuar incisiva e ativamente buscando elucidar os contornos da demanda e a veracidade dos fatos, preservando os direitos pleiteados. Nesse sentido, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 foram ofertados maiores poderes ao julgador, buscando, assim, dar efetividade às medidas judiciais e garantindo o seu resultado prático:

Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:  
(...)

---

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias**. 5. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2013. Vol. 6. p. 780.

<sup>60</sup> CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008. p. 364.

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.<sup>61</sup>

Ainda, ressalta-se que nas relações de família, diferentemente das demais ações, a norma jurídica é aplicada buscando reger a vida privada, o que lhe confere um caráter dinâmico e possibilita a sua flexibilização quanto à existência de interesses e direitos fundamentais que se sobrepõem às normativas.

Ou seja, muito mais do que o conhecimento técnico, é necessário que o aplicador da lei – jurista – tenha sensibilidade para compreender as peculiaridades intrínsecas às intimidades das demandas familiares e, por essa razão, a dificuldade de produção de prova.

Em especial quando se trata das ações de alimentos, nas quais há a difícil tarefa de comprovar os ganhos do alimentante, que, quando não atua como autônomo – sem que se possa provar os ganhos – não são raros os casos em que recebe rendimentos superiores aos constantes no demonstrativo de pagamento, sem que seja possível o conhecimento do fato.

Segundo leciona Maria Berenice Dias:

Normalmente a ação é promovida pelo filho representado por sua genitora, não tendo nem a mãe e nem o filho como saber os rendimentos do genitor, com quem, normalmente, não convivem. Desse modo, há que ser atribuído ao alimentante o encargo de **provar seus rendimentos**, que gozam de sigilo e integram o direito constitucional à **privacidade** e à **inviolabilidade** da vida privada (art. 5º, X da CF). Não apresentando o réu seus rendimentos, os alimentos devem ser fixados no valor pleiteado pelo autor.<sup>62</sup>

Assim, com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, restou normatizada a possibilidade de dinamização do *onus probandi*, autorizando o magistrado – a partir da análise fática, quando houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo – incumbir à outra parte a comprovação do fato constitutivo do direito.

Da simples análise das ações alimentares, percebe-se a grande dificuldade de estipular alimentos para um genitor profissional liberal ou que oculta parte de

---

<sup>61</sup> BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. **Alimentos: Direito, Ação, Eficácia, Execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 188.

seus rendimentos. Nesses casos, fica-se frente a prova diabólica, mas que pode ser desconstituída com a redistribuição do ônus probatório.

Reconhecendo todas essas desigualdades, necessário que os aplicadores da lei utilizem todos os instrumentos ao seu dispor para igualar a situação das partes em prol do princípio da isonomia e da ordem jurídica justa.

Para tanto, pode o juiz – que não é mais mero espectador inerte ou convidado, mas possui faculdades que lhe permitem comandar diligências que favoreçam a persuasão - autorizar a redistribuição do ônus da prova.

## 5 CONCLUSÃO

Com o avanço dos anos, pode-se perceber que muito mudou na prestação jurisdicional, o que acarretou a construção jurisprudencial e doutrinária acerca de diversas matérias, buscando adaptar as necessidades fáticas às normas legais. O Código de Processo Civil, portanto, surge como um mecanismo em busca adequar as proposições antes existentes (Código de Processo Civil de 1973) aos atos praticados no “mundo dos fatos”.

Em se tratando de provas, não poderia ter sido de outra forma: o Código de Processo alinhou o que já havia sido regulamentado anteriormente com tudo aquilo que já existia no mundo dos fatos, sem disposição expressa. Salientando que a mais significativa dessas inovações trazidas é a regulamentação da possibilidade da dinamização da distribuição do ônus probatório.

O instituto da prova no direito processual é fundamental e assegurado constitucionalmente, além de ter importância por reconstruir os fatos, formando a convicção do magistrado. O conjunto probatório é formado por todo e qualquer elemento que possa influenciar na decisão do juiz, tendo como principal intenção corroborar os fatos alegados. Ou seja, todos os argumentos em que as partes não estão em concordância, os que são controversos, devem ser objetos de comprovação.

A finalidade da prova é, portanto, demonstrar em alto grau de probabilidade que a situação fática ocorre da forma narrada pela parte. Buscam as partes, por meio dela, convencer o juiz da (in) ocorrência de tudo aquilo que restou alegado nos autos. Assim, o destinatário direto da prova é o processo e o indireto, o juiz.

As provas podem ser oral, documental ou material, estando no rol dos meios legais o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, os testemunhos, as perícias e a inspeção judicial.

O ônus probatório incumbe às partes: ao autor cabe comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Entretanto, essa distribuição pode ser feita de forma inversa à previsão legal, em favor de um e em prejuízo de outro.

Assim, buscou-se trazer conceitos importantes em matéria de provas, destacando-se apontamentos de diversos doutrinadores a respeito do tema, bem como alguma discussão a respeito. Por fim, elaborou-se, um capítulo específico tratando a respeito das mudanças supracitadas e dos novos dispositivos referentes às provas no Processo Civil, discutindo-se as mais relevantes.

Destaca-se o grande número de discussões acerca do tema das provas decorrente da recente entrada em vigor do Código de Processo Civil. Dessa forma, ainda se verificam diversas questões e inovações as quais os aplicadores do Direito precisam se adaptar.

Por fim, salienta-se que a mudança com maior impacto vem a ser quanto à disposição expressa da distribuição dinâmica do ônus probatório. As partes trazem ao processo suas proposições e a decisão final é baseada no êxito de comprovação delas. Porém o juiz poderá inverter o ônus previsto no CPC/2015, art. 373, *caput*, diante de peculiaridades do caso, bem como da hipossuficiência de uma das partes em comprovar o que lhe incumbe, cabendo, então, a prova a quem tem melhores condições de produzi-la.

Nas ações de alimentos não poderia ser diferente, em especial porquanto se tratam, na maioria dos casos, de parte hipossuficiente, ou seja, com grande dificuldade – senão total – de comprovar as possibilidades do alimentante.

O autor, nestas demandas, portanto, possui característica intrínseca que enseja o pedido alimentar: a vulnerabilidade.

Assim, as normas pré-constituídas de distribuição do ônus da prova – concepção estática, de acordo com a posição em que as partes se encontram no processo – devem ser relativizada, de modo a redistribuir conforme as melhores possibilidades da outra parte de realizá-la.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro - Volume III: Parte Especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 03 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. **Lei de Alimentos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm)>. Acesso em: 25 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 453562, 2ª Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **DJe**. Brasília, 28 nov. 2008. n. 227.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento nº 0184606-89.2013.8.09.0000. Relator: Desembargadora Elizabeth Maria da Silva. Goiânia, GO, 09 de setembro de 2013. **DJGO**. Goiânia, p. 244.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70057151524, 8ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. **DJe**. Porto Alegre, 18 dez. 2013. n. 5228.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Método, 2008.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. **A prova civil:** admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Alimentos:** Direito, Ação, Eficácia, Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** Volume 2 - Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias.** 5. ed. JUSPODIVM: Salvador. 2013. Vol. 6. p. 780.

MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 25 set. 17.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:** Volume 2 - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado:** com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MICHAELIS. **Dicionário** **Michaelis.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/provar/>>. Acesso em: 18 set. 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Doutrina e Prática dos Alimentos.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: Impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume I – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Centro de Estudos do. **Conclusões do Centro de Estudos**. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/centro\\_de\\_estudos/conclusoes.html](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/conclusoes.html)>. Acesso em: 03 set. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Volume 1 - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: Artigo por Artigo. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.