

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARIANA LOURENÇO MARQUES

O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS: a tarefa de fixação judicial do
quantum alimentar em Direito de Família

NATAL/RN
2015

MARIANA LOURENÇO MARQUES

O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS: a tarefa de fixação judicial do
quantum alimentar em Direito de Família

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte
como requisito final para obtenção do grau de
Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Beatriz Ferreira
Rebello Presgrave.

NATAL/RN
2015

MARIANA LOURENÇO MARQUES

O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS: a tarefa de fixação judicial do
quantum alimentar em Direito de Família

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte
como requisito final para obtenção do grau de
Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave
Centro Universitário do Rio Grande do Norte

Prof.
Centro Universitário do Rio Grande do Norte

Prof.
Centro Universitário do Rio Grande do Norte

*Dedico este trabalho aos meus pais, pois
sem eles viver teria menos graça.*

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, meu Salvador.

Aos meus pais, companhia certa nos momentos de fracasso ou de vitória.

Às minhas irmãs, aos meus cunhados, ao meu primo Lucas Rodrigues Marques, às amigas Joyce de Oliveira Lessa, Francisca Janicarla de Araújo Lima, Olga Caroline Lyra Lima, Vanessa Torres Maia e às pessoas da Igreja do Nazareno em Natal/RN, pela força e por simplesmente existirem.

À Prof^a. Dr^a. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, minha orientadora, ofereço gratidão, em virtude do apoio, da compreensão e do conhecimento jurídico transmitido, ao longo desse trabalho.

Aos demais docentes e funcionários da Pós-Graduação em Direito Processual Civil do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, e, sobretudo, ao Coordenador do Curso, o Prof. Me. Benício de Sá, sempre atencioso com os alunos.

A todos com quem convivi durante a Residência Judicial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, em especial, à Izanete Launé Miranda de Andrade, pessoa que tive a honra de conhecer.

“A reta é uma curva que não sonha.”
(Manoel de Barros)

RESUMO

A fixação judicial dos alimentos atinentes ao Direito de Família constitui tarefa complexa, que requer a apuração das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Na mensuração do valor da prestação alimentícia, ganha relevo a questão do ônus da prova, uma vez que o conhecimento do juiz acerca do que se passa na vida financeira dos litigantes é indispensável para que o montante alimentar não gere qualquer prejuízo à dignidade da pessoa do credor ou do devedor. O presente trabalho visa compreender como se dá o encargo probatório, nas ações de alimentos, e analisar se tal repartição promove a tutela jurisdicional adequada. Nesse desiderato, foi feita pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa sobre a matéria. Os resultados demonstram a escassez de tratamento do ônus da prova na doutrina brasileira; a adequação do procedimento pela Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68); a existência de controvérsia jurisprudencial, referente à qual parte cabe demonstrar a capacidade contributiva do alimentante; e a utilização da Teoria da Aparência, como recurso ao convencimento judicial, nos casos de dificuldade prática em aquilatar os reais ganhos e rendimentos do réu ou quando este último ostenta condições econômicas diferentes daquelas que procura demonstrar nos autos. A pesquisa permite concluir pela necessidade de maior atenção à temática, por parte dos juristas, pois a distribuição do ônus da prova repercute diretamente no processo de formação da convicção do magistrado e, por conseguinte, na justiça da decisão.

Palavras-Chave: Direito de Família. Processo Civil. Ações de Alimentos. Ônus da Prova. Fixação Judicial do Valor da Prestação Alimentícia.

ABSTRACT

The judicial setting of alimony is a complex task in Family Law that requires the verifying of the claimant needs and the financial resources of the required person. An important issue concerning the value measuring of the alimony is the burden of proof, since the knowledge of the judge about what is happening in the financial life of the litigants is essential to ensure the alimony doesn't cause an injury to the personal dignity of the creditor or debtor. The present work aims to understand how the evidential burden works regarding alimony actions and to analyse whether this division promotes proper judicial protection. In order to achieve this goal, was taken doctrinal, jurisprudential and legal research on the subject. The results demonstrate the lack of approach of the burden of proof in the Brazilian doctrine; the adequacy of the procedure according to the Alimony Act (Law nº 5.478/68); the existence of judicial controversy referring to which of the parties is to demonstrate the ability to pay the claimant; and the use of the Appearance Theory as a support to judicial conviction in cases of practical difficulty in respect of assessing the defendant's real gains and income or when the latter shows off different economic conditions than attempts to demonstrate in the records. The research supports the conclusion on the need for greater attention to the issue on the part of lawyers, because the distribution of the burden of proof has a direct impact on the magistrate belief formation process and therefore the justice of the court's decision.

Keywords: Family Law. Civil Procedure. Alimony actions. Burden of Proof. Judicial Setting the Value of Alimony.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 O DIREITO AOS ALIMENTOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES	12
2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	13
2.2 DOS ALIMENTOS.....	18
2.2.1 Conceito, fundamentação principiológica e natureza jurídica.....	18
2.2.2 Sujeitos envolvidos.....	23
3 O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	31
3.1 ÔNUS DA PROVA: CONCEITO E DISTINÇÃO DE OBRIGAÇÃO	31
3.2 REGRA DE CONDUTA, REGRA DE JULGAMENTO E REGRA DETERMINANTE DA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL	32
3.3 O ÔNUS DA PROVA E AS MODALIDADES DE SUA MODIFICAÇÃO	35
3.4 OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO	40
4 A TAREFA DE FIXAÇÃO JUDICIAL DO <i>QUANTUM</i> ALIMENTAR EM DIREITO DE FAMÍLIA.....	44
4. 1 NOÇÕES ESSENCIAIS	44
4.2 DESCORTINANDO O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS.....	47
4. 3 O ÔNUS DA PROVA NA AÇÕES DE ALIMENTOS DIRIGIDAS CONTRA OS AVÓS	57
4.4 A TEORIA DA APARÊNCIA.....	64
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

Na concepção moderna, a família é vislumbrada pela perspectiva da dignidade da pessoa humana, como instrumento para o desenvolvimento da personalidade de cada um dos seus membros.

Ocorre que, no ambiente familiar é também onde surgem inúmeros desentendimentos, e daí a provocação do Judiciário, para dirimir esses conflitos.

Na prática forense, o ajuizamento de ações de alimentos envolvendo familiares é bastante comum. Em tais demandas, avulta a importância do direito material em jogo, devendo-se socorrer aquele que necessita de alimentos, ao mesmo tempo em que o alimentante não deve ser obrigado à prestação de alimentos além da sua capacidade financeira.

Para que os alimentos sejam fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, como preceitua o art. 1.694, § 1º, do Código Civil, a cognição do magistrado volta-se a perscrutar a situação econômica vivenciada pelas partes.

Nessa seara, o Código de Processo Civil, no seu art. 333, estabelece a regra geral do ônus da prova, segundo a posição processual ocupada pela parte e a natureza do fato a ser desvendado. Cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A rigidez dessa norma pode sofrer alteração, por isso se fala em inversão do ônus da prova, nas modalidades convencional, legal e judicial. Ademais, a flexibilidade da repartição probatória é possível com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão do juiz e de acordo com as exigências do caso concreto.

Por sua vez, as ações alimentícias obedecem à Lei nº 5.478/68, cujo art. 2º, *caput*, prevê que o credor, ao se dirigir ao juiz competente, exporá suas necessidades; provará, apenas, o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor; e indicará os ganhos do alimentante.

Na análise do binômio alimentar (necessidade de quem recebe *versus* capacidade contributiva daquele que paga), surgem alguns questionamentos: Quais os fatos que cada parte deve provar? Deve ser aplicado o art. 333, do Código de Processo Civil? Pode ser afastada a regra geral do ônus da prova e utilizada a teoria

da distribuição dinâmica do ônus da prova? Existe inversão legal desse ônus nas ações de alimentos? A decisão judicial que fixa alimentos acima da quantia pleiteada pelo alimentante está eivada de vício? É possível a fixação dos alimentos definitivos com base no convencimento judicial por verossimilhança, e, se a resposta for positiva, em quais situações?

Esses questionamentos demandam uma maior investigação teórica, aliás, as conclusões do debate do assunto desembocam em importantes consequências práticas sobre o comportamento das partes na produção de provas e a formação da convicção do juiz.

Nesse ambiente, convém pesquisar como funciona o ônus da prova nas ações de alimentos e se essa distribuição ocorre de forma adequada, ou seja, se o procedimento está em consonância com a tutela do direito aos alimentos.

Tendo em vista a consecução desses objetivos, realizou-se a busca doutrinária, a exegese da legislação atinente ao tema e a consulta da jurisprudência, com a correlação entre o estudo do direito aos alimentos e o exame do ônus da prova como procedimento, estabelecendo-se a relação entre o Direito de Família e o Direito Processual Civil.

Na estrutura do presente trabalho, o segundo capítulo tratará da visão atual da família. Assim, a entidade familiar é focalizada pela ótica da Constituição Federal, sobretudo pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cujo estudo será apoiado na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e de Maria Celina Bodin de Moraes. O primeiro elenca as principais dimensões da dignidade da pessoa humana, enquanto esta estuda o princípio a partir de quatro corolários ou subprincípios, são eles: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.

Em seguida, passar-se-á ao estudo das noções essenciais à compreensão dos alimentos, mediante seu conceito, fundamentação principiológica, natureza jurídica e sujeitos envolvidos na obrigação alimentícia.

No terceiro capítulo, será feita a análise do ônus da prova no processo civil. Em suma, caberá entender o seu significado, diferentes aspectos, a regra geral de divisão da carga probatória e as possibilidades de sua modificação, inclusive, far-se-á a abordagem dos princípios do devido processo legal e da adequação do procedimento.

Por fim, o quarto capítulo abordará a atividade de fixação dos alimentos pelo magistrado. Dessa forma, tentar-se-á identificar como se dá o ônus da prova, nas

ações de alimentos e, mais especificamente, nas demandas dirigidas contra os avós. Encerrando, será investigada a possibilidade ou não de aplicação da Teoria da Aparência nessa seara.

2 O DIREITO AOS ALIMENTOS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Em linhas gerais, a família é a ambientação primária do homem, na qual esse desenvolve a personalidade e vivencia os fatos elementares da vida, a partir do nascimento até a morte.¹ Simultaneamente, ela é a mola propulsora de nossas maiores felicidades e a ambiência de nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos.²

A base ou *célula mater* da sociedade tem especial proteção do Estado (art. 226, caput, da *Lex Legum*) e essa tutela não se restringe apenas àquelas famílias originárias do casamento (§§ 1º e 2º). Abarca também a união estável (§ 3º), a família monoparental (§ 4º) e outros arranjos familiares, consoante uma cláusula geral de inclusão. Compreende-se, assim, que o art. 226, da Constituição Federal (CF), traz um rol não taxativo de modelos.³

Segundo Dias⁴, o referencial usado para caracterizar a família, o seu elemento distintivo, que lhe confere tutela jurídica, é a presença do vínculo afetivo, por isso, bem caminhou a Lei Maria da Penha (11.340/06), cujo art. 5º, III, identificou como família qualquer relação de afeto.

Na ótica constitucional, Lôbo⁵ observa que a família “está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram” e é tutelada como “instrumento de realização existencial de seus membros”.

O autor destaca que continuam atuais os ensinamentos de Kant acerca da dignidade da pessoa humana. Assim, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando a coisa tem um preço, pode ser substituída pelo equivalente;

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 37-43.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-42.

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

mas quando está acima de todo preço, ela é inestimável, não possui equivalente e tem, portanto, dignidade.⁶

No caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana - dimensão abordada por Sarlet, como se verá adiante -, Lôbo⁷ assimila que a família constitui o “espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas”.

A sua vez, Gagliano e Pamplona Filho⁸ definem a família como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, consoante o princípio da dignidade da pessoa humana.

À semelhança dos autores já citados, a doutrina em geral busca compreender a família de forma funcionalizada, tecendo sua noção instrumental à luz da dignidade da pessoa humana. Por esta razão, é imprescindível aprofundar, por ora, o estudo deste princípio, considerado o mais importante vetor axiológico constitucional.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diante da dificuldade na apuração do sentido jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana - havendo, inclusive, aqueles que acreditam na impossibilidade de sua definição -, e em face da necessidade em definir o âmbito de proteção dessa norma jurídica fundamental, Sarlet⁹ dedicou-se ao estudo de algumas dimensões da dignidade da pessoa humana, elencando-as em três ordens: I) ontológica, II) comunicativa e relacional, III) histórico-cultural.

⁶ KANT, Immanuel apud Lôbo, Paulo, *ibidem*, p. 60.

⁷ *Ibidem*, p. 61.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-18.

No plano ontológico, a dignidade é entendida como um atributo intrínseco, irrenunciável e inalienável da pessoa humana. A dignidade é inerente a todo ser humano, sem exceção, e dele não pode ser desatrelada, mesmo que o indivíduo seja o maior dos criminosos ou ostente comportamentos indignos nas relações sociais ou consigo mesmo.¹⁰

Quanto à dimensão comunicativa e relacional, a dignidade é visualizada pelo prisma da intersubjetividade e da pluralidade. No âmbito comunitário, como todos são iguais em dignidade, existe uma obrigação geral de respeito pela pessoa.¹¹

A ordem jurídica deve velar para que todos recebam igual consideração e respeito pelo Estado e pela sociedade. Reconhece-se, assim, que cada pessoa é única e credora “de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana”.¹²

No tocante à perspectiva histórico-cultural, a dignidade da pessoa humana constitui categoria axiológica aberta, em processo de constante transformação, sendo impossível estabelecer seu conceito de forma fixista, até porque as sociedades democráticas atuais são marcadas pelo pluralismo e pela diversidade de valores.¹³

A dignidade da pessoa humana traduz um valor absoluto, inafastável, de observância obrigatória, embora a compreensão de seu conteúdo varie, conforme a cultura de cada época, como demonstra a práxis constitucional.¹⁴

Outrossim, Sarlet trata a dignidade da pessoa humana como limite e tarefa dos poderes públicos e da comunidade em geral. Daí falar na dúlice dimensão da dignidade: a negativa (defensiva) e a positiva (prestacional).¹⁵

Na negativa, tem-se que a dignidade proíbe a redução do ser humano a mero objeto de sua própria ação e de terceiros; bem como, gera direitos fundamentais

¹⁰ Ibidem, p. 18-20.

¹¹ Ibidem, p. 22-24.

¹² Ibidem, p. 24-26.

¹³ Ibidem, p. 26-27.

¹⁴ Ibidem, p. 28-29. O autor toma como exemplo a hipótese de determinadas penas, em matéria criminal, que são aceitas como legítimas e com o passar do tempo passam a ser proibidas, pela nova concepção de que seriam ofensivas à dignidade da pessoa humana.

¹⁵ Ibidem, p. 30-33.

(negativos) que protegem a pessoa de sofrer atos de violação ou exposição a graves riscos.¹⁶

Enquanto isso, a dignidade como tarefa exige do Estado e da comunidade medidas positivas (prestacionais), tanto para a preservação da dignidade existente, quanto para a sua promoção, uma vez que o indivíduo pode não lograr êxito em atender sozinho às suas necessidades existenciais básicas, necessitando de apoio externo.¹⁷

Por preconizar restrições e imposições ao agir estatal e da comunidade, inferi-se que essa dupla dimensão da dignidade, enfatizada por Sarlet, acaba por revelar a preocupação pela efetiva tutela dos direitos fundamentais, os quais encontram na dignidade da pessoa humana seu substrato axiológico.

Enfim, na busca do que seja a dignidade da pessoa humana, o ponto de partida do estudioso repousa nas lições de Kant que, pela concepção do homem-objeto, forneceu a antítese dessa dignidade. Diante do caso concreto, a coisificação do homem, permitiria inferir a ofensa ao referido princípio, posto que o ser humano constitui um fim em si mesmo e não o instrumento arbitrário para alcançar determinada finalidade.¹⁸

Sem olvidar da fórmula do homem-objeto, Sarlet envidou esforços para conceituar a dignidade da pessoa humana, levando em consideração algumas de suas dimensões, que permitem compreender a essência do seu significado.

O jurista cumpriu com destreza esse desiderato, mediante a formulação do conceito jurídico da “dignidade da pessoa humana”, com vistas a uma formulação objetiva, na medida do possível, em face da expressão aberta e polissêmica.

Na definição jurídica acerca da dignidade da pessoa humana, esta diz respeito à¹⁹:

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições

¹⁶ Ibidem, p. 32.

¹⁷ Ibidem, p. 32-33.

¹⁸ Ibidem, p. 33-36

¹⁹ Ibidem, p. 37.

existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No tocante ao objeto ora examinado, destaque-se ainda a preciosa contribuição de Moraes²⁰. Na construção do sentido jurídico da dignidade, a autora adota a concepção filosófica de Marilena Chaui²¹, pela qual o substrato material da dignidade se desdobra em quatro postulados: a) o sujeito moral (ético) reconhece os outros como iguais, b) portanto, os outros merecem igual respeito à integridade psicofísica pessoal, c) todos possuem vontade livre (autodeterminação), d) a pessoa integra o grupo social com a garantia de não ser marginalizada.

Por conseguinte, Moraes²² decompõe os quatro corolários ou subprincípios da dignidade, são eles: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Observa que, na rica realidade da vida, a solução de casos concretos pode requerer a ponderação entre esses subprincípios, que serão relativizados, estimados, ao contrário da dignidade, que é um valor absoluto.

A igualdade formal (“todos são iguais perante a lei”) corresponde ao clássico direito de não ser discriminado ou privilegiado e se soma à igualdade substancial, haja vista que as pessoas não apresentam iguais condições sociais, econômicas ou psicológicas.²³

A igualdade substancial provocou profundas alterações legislativas, ensejando a configuração normativa dos *Welfare States* e, atualmente, repercute nos debates acerca da interpretação e da aplicação do direito com o respeito pela diferença.²⁴

Isso porque, as pessoas são iguais em dignidade, mas diferentes pela singularidade de cada uma, formando, então, uma sociedade diversificada e repleta

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-60.

²¹ Apud MORAES, Maria Celina Bodin de, *ibidem*, p.16-17.

²² *Ibidem*, p. 17.

²³ *Ibidem*, p. 18-19.

²⁴ *Ibidem*, p. 19.

de dicotomias como “cultos e analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais”.²⁵

Partindo para a integridade psicofísica da pessoa humana, a mesma se identifica, na esfera cível, com a noção alargada do “direito à saúde”, entendida esta como o completo bem-estar psicofísico e social. O princípio respalda inúmeros direitos da personalidade como a “vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal” e nele está contido, principalmente, o direito à existência digna, daí a previsão constitucional do salário mínimo (art. 7º, IV, da CF).²⁶

Quanto ao princípio da liberdade, esse é visto, atualmente, sob o viés da privacidade, da intimidade, do livre exercício da vida privada. A pessoa é livre para realizar suas escolhas individuais e o próprio projeto de vida, sem interferências, como bem lhe convier.²⁷

Por fim, o princípio da solidariedade encontra previsão na Constituição, que estatui entre outros objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).²⁸

Pode-se falar, antes de tudo, na existência de uma solidariedade fática, pois o homem tem a necessidade da coexistência com os demais, não podendo viver isolado. De todo modo, importantíssima a referência expressa do constituinte ao princípio da solidariedade, pela força normativa conferida a ele, o qual não se confunde como mero resultado de ações eventuais, éticas ou caridosas.²⁹

Em suma, o princípio da solidariedade diz respeito ao complexo de instrumentos voltados à garantia de uma existência digna a todos, no contexto da sociedade livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.³⁰

²⁵ Ibidem, p. 20.

²⁶ Ibidem, p. 28-29.

²⁷ Ibidem, p. 43.

²⁸ Ibidem, p. 45.

²⁹ Ibidem, p. 45-50.

³⁰ Ibidem, p. 48.

2.2 DOS ALIMENTOS

A fim de melhor compreender o instituto dos alimentos, convém realizar breve esboço acerca de seus principais aspectos, como se verá adiante.

2.2.1 Conceito, fundamentação principiológica e natureza jurídica

Quando se fala em alimentos, a primeira ideia que vem à mente é a proteção da vida humana.

Como é cediço, o direito à vida precede aos demais direitos proclamados pelo constituinte, pois “não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse”.³¹

No seu núcleo básico, este diz respeito à existência física. E, em sentido amplo, designa o direito a uma vida digna, expressão que engloba o direito à alimentação, à habitação, ao vestuário, à educação elementar, entre outras pretensões.³²

Nesse contexto, o significado jurídico dos alimentos está estreitamente ligado ao direito à vida *lato sensu*, pois não basta estar respirando, é necessário viver dignamente.

Na linguagem vulgar, a expressão “alimentos” corresponde à “alimentação”, ou seja, aos nutrientes fornecidos pela comida. Ao contrário, a sua acepção jurídica coaduna-se com o “conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo”.³³

Estevam de Almeida³⁴ expõe que os alimentos são as prestações devidas, feitas para manter a existência daquele que as recebe, garantindo-lhe o direito à vida, nos aspectos físico (do corpo), como também intelectual e moral.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 255.

³² Ibidem, p. 261.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 681.

³⁴ Apud CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16.

Cahali³⁵ esclarece que a ciência do direito costuma utilizar o termo alimentos, em acepção plúrima, nele compreendendo dois sentidos: a) a obrigação de prestá-los (vínculo entre o credor e o devedor de alimentos), b) os componentes da obrigação alimentícia.

Pelo segundo enfoque (conteúdo da obrigação), os alimentos envolvem todo e qualquer bem essencial à preservação da dignidade humana, “como a habitação, a saúde, a assistência médica, a educação, a moradia, o vestuário e, é claro, também a cultura e o lazer”.³⁶ Zeno Veloso³⁷ alerta que os alimentos não abarcam o patrocínio, por parte do alimentante, de uma vida de luxo, ostentação e despesas supérfluas do alimentando.

Entre as diversas classificações doutrinárias dos alimentos, estes se subdividem, quanto à causa jurídica, em legais ou legítimos, voluntários e indenizatórios. Nos legais ou legítimos, a obrigação alimentar decorre da lei, em razão do parentesco, do casamento ou da união estável, consoante o art. 1.694, do Código Civil (CC). Somente estes pertencem ao direito de família, portanto, são os que importam ao presente estudo.³⁸

Em sendo assim, Lôbo³⁹ explicita que:

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção. Também são considerados alimentos os que decorrem dos deveres de assistência, em razão de ruptura de relações matrimoniais ou de união estável, ou dos deveres de amparo para os idosos (direito assistencial).

O âmago da fundamentação dos alimentos encontra-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

³⁵ Ibidem, p. 16.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 668.

³⁷ Apud CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. Barueri: Manole, 2014, p. 1781.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 484-485.

³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 371.

No tocante à dignidade da pessoa humana, é notório que esta serve de substrato axiológico aos alimentos, uma vez que esses se destinam a garantir a integridade física, psíquica e intelectual do indivíduo. Consequentemente, os alimentos possuem a natureza de direito da personalidade.⁴⁰ Afinal, toda pessoa tem direito à subsistência e quem não puder provê-la por si mesma não pode ser deixada à míngua.⁴¹

Nessa toada, Diniz⁴² sugere que, na redação do art. 1.694, *caput*, do CC⁴³, dever-se-ia substituir a exigência dos alimentos serem compatíveis com a condição social pela preservação de uma vida digna.

Reforçam Farias e Rosenvald⁴⁴ que o princípio da dignidade da pessoa humana é a “pedra de toque” da fixação dos alimentos. Assim, eles devem ser fixados de forma a proporcionar uma vida digna tanto ao alimentando (credor) quanto ao alimentante (devedor), pois ambos são iguais em dignidade.

Em regra, “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (art. 1.694, § 1º, do CC). Aliás, o art. 1.695, do CC, preceitua que “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”.

O arbitramento judicial dos alimentos é feito, então, conforme a observância do binômio necessidade do alimentando x possibilidade do alimentante ou, conforme se deseje denominar, segundo o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op.cit., p. 669.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 585.

⁴² DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1303.

⁴³ Art. 1.694, *caput*, prescreve: 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.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 664.

Silvio Rodrigues⁴⁵ explica que a regra para fixação do valor da pensão alimentícia é vaga e representa um *standard* jurídico, conferindo ao juiz um extenso campo de ação nos casos que lhe são submetidos.

A imposição do encargo alimentar toca de perto ao interesse privado daquele que necessita do pensionamento e, ao mesmo tempo, serve à tutela do interesse social pela preservação da vida humana e de seu regular desenvolvimento. Dessa forma, as normas que disciplinam a obrigação legal de alimentos possuem caráter de ordem pública, como todas as regras relativas à incolumidade da pessoa humana.^{46 47}

Na verdade, a medida coercitiva da prisão civil do alimentante em inadimplência (art. 5º, LXVII, da CF); a tipificação do crime de abandono material (art. 244, do Código Penal), a previsão de penhora contida no art. 649, § 2º, do Código de Processo Civil, e o teor do art. 14, do Estatuto do Idoso, são indicativos de que o Estado se coloca em segundo plano no momento de socorrer aquele que precisa de alimentos.

O dever de prestar assistência aos necessitados deveria ser, fundamentalmente, do Poder Público. Todavia, diante do sistema econômico de seguidas crises e da falência da Seguridade Social, a única alternativa é transferir essa responsabilidade para a estrutura familiar, através da obrigação de prestar os alimentos.⁴⁸

A transposição da solidariedade social (art. 3º, inc. I, da CF) aos relacionamentos pessoais travados no seio da família fez surgir o específico princípio da solidariedade familiar, a qual “não é só patrimonial, é afetiva e

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 384.

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32-34.

⁴⁷ Acrescente-se que os alimentos envolvem também o interesse particular do devedor. Não se esqueça que, na opinião de Farias e Rosenvald (já exposta), a prestação alimentícia não pode ser fixada de modo a violar a dignidade do alimentante.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 667.

psicológica”, implicando “respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família”.⁴⁹

Inegavelmente, a solidariedade representa uma superação do individualismo jurídico, surgida no contexto de evolução dos direitos humanos, quando surgiram os direitos sociais, entre os quais se encontra o direito de família.⁵⁰

Assim, a única crítica que se está a fazer não é contra a solidariedade em si, mas em relação à deficiente atuação do Estado, que, utilizando a solidariedade familiar como fundamento da obrigação legal de alimentos, se omite em realizar o seu dever de assegurar os direitos sociais do cidadão.⁵¹

Pois bem, para Lôbo⁵², a solidariedade familiar é fato e direito, realidade e norma. No aspecto fático, as pessoas convivem em âmbito familiar, compartilhando afetos e responsabilidades. No aspecto jurídico, os deveres de cada um para com os outros geraram a definição de novos direitos e deveres jurídicos.

Sobre a solidariedade familiar, Dias⁵³ dispõe que este princípio tem origem nos vínculos afetivos e dispõe de forte conteúdo ético, pois a expressão solidariedade compreende a *fraternidade* e a *reciprocidade*. Enfatiza que a pessoa só existe enquanto coexiste, inclusive, o preâmbulo constitucional assegura uma sociedade fraterna. Nessa ordem de ideias, “Solidariedade é o que cada um deve ao outro”.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princípios+do+Direito+de+Família+Brasileiro+\(1\)](http://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princípios+do+Direito+de+Família+Brasileiro+(1))>. Acesso em: 14 fev. 2014.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 6.

⁵¹ José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz *apud* Farias e Rosenvald ensinam que nos ordenamentos jurídicos mais evoluídos ocorre fenômeno inverso: a tarefa assistencial da família torna-se secundária diante das prestações sociais concretas do Estado. No Brasil, haja vista a incompleta concretização dos direitos econômicos e sociais tutelados pela Constituição, as formas básicas de proteção à pessoa restam comprometidas, por exemplo, em virtude da taxa de desemprego, acarretando a carência ou insuficiência dos meios de subsistência. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 667.

⁵² *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 65.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

Retornando aos apontamentos de Moraes⁵⁴, a estudiosa traça a importância do caráter normativo do princípio. Indaga como seria possível obrigar alguém a ser solidário e se isso não seria o mesmo que exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas. Em resposta, defende que não se trata de exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro, “apenas que se comporte como se assim fosse”.⁵⁵

A aplicabilidade da diretriz está presente, por exemplo, nos deveres de proteção à família (art. 226, da CF), à criança e ao adolescente (art. 227, da CF) e aos idosos (art. 230, da CF). No Código Civil, também se encontram várias disposições imbuídas por esse princípio, como a previsão do poder familiar (art. 1.630); da mútua assistência moral e material entre os cônjuges (art. 1.566) e entre os companheiros (art. 1.724); e do dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que é transmissível aos herdeiros no limite da força da herança (art. 1.700).⁵⁶

2.2.2. Sujeitos envolvidos

A característica da reciprocidade alimentar provém do princípio da solidariedade familiar. Tal atributo indica que os alimentos são devidos, de forma recíproca, entre os parentes, assim como entre os cônjuges e companheiros (art. 1.694, *caput*, do CC).

Nos dizeres de Diniz⁵⁷, essas pessoas são, em potencial, o sujeito ativo e passivo da obrigação: “quem pode ser credor também pode ser devedor”. Quanto aos alimentos decorrentes do poder familiar, não há reciprocidade (art. 229, da CF);

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-50.

⁵⁵ Atente-se para a seguinte ponderação: “É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce de seu desenvolvimento” (TJRS, Ap. nº 70013502331, Sétima Câmara Cível, Relª Desª: Maria Berenice Dias, j. 15/02/2006)

⁵⁶ LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 6-7.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1304.

somente após os filhos atingirem a maioridade surgirá a obrigação alimentar recíproca entre eles e seus pais, em face do vínculo de parentesco.⁵⁸

Em relação aos filhos menores de idade, o dever de sustento, uma das vertentes do poder familiar⁵⁹, também justifica a obrigação alimentícia dos pais. Nesse caso, existe a presunção da necessidade dos alimentos e mesmo que o filho menor possua recursos financeiros, os alimentos lhe são devidos, a menos que os pais não tenham condições, sequer, de se manter.⁶⁰

Ao completarem 18 (dezoito) anos de idade, esses filhos não perdem, automaticamente, o direito de continuarem recebendo os alimentos, pois existe a possibilidade de ainda necessitarem dos mesmos. Muitas vezes, trata-se de jovens que precisam do custeio de seus estudos, por estarem ingressando no ensino superior ou técnico. A diferença é que os alimentos serão devidos não em razão do poder familiar, mas do parentesco que os une aos pais devedores.⁶¹

Quanto aos alimentos gravídicos, a Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, enuncia no seu art. 2º, *caput*, que: “Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Já o parágrafo único do mencionado artigo prevê: “Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 536.

⁵⁹ O poder familiar é “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 396). Constitui-se no “exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes”, “sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, encargo”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295-298). Ademais, sobre o tratamento legal de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, onde se inserem os alimentos, confira-se, sobretudo, os arts. 227 e 229, da CF; arts. 1.630 e ss., do CC; e arts. 4º e 22, do ECA.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 692.

⁶¹ Súmula n. 358, do STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.”

Expressamente, a lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante (art. 1º), que é a titular da pretensão, com direito próprio de exigir a coparticipação do autor de sua gravidez nas despesas adicionais da gestação. O nascituro, em obediência ao art. 2º, do CC, apenas terá direito à pensão alimentícia pela conversão dos alimentos gravídicos, após seu nascimento com vida (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 11.804/2008).⁶²

Na visão de Cahali⁶³, a lei em comento busca assegurar à gestante um autêntico *auxílio-maternidade* a ser custeado pelo futuro pai. Não se trata, em verdade, de alimentos. Até o parto, a gestante reclama esse *auxílio-maternidade*, em razão do seu estado gravídico, agindo em nome próprio. Após o nascimento com vida do filho, ela passa a agir como representante do menor na execução ou revisão da pensão alimentícia que cabe ao infante (art. 6º, parágrafo único, da nova Lei⁶⁴), o qual adquiriu a condição de pessoa dotada de capacidade civil.

Em relação aos alimentos entre parentes, esses obedecem a uma ordem legal de preferência, consoante a leitura conjunta dos arts. 1.696, 1.697 e 1.698, do CC.

⁶² CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 345-346.

⁶³ Ibidem, p. 346-347. Dias também entende que os denominados “alimentos gravídicos” não possuem a natureza de alimentos e deveriam se chamar “subsídios gestacionais”. Dessa forma, o encargo não guarda proporcionalidade com a capacidade contributiva do alimentante, como ocorre com os alimentos devidos aos filhos (art. 1.694), estando limitado às despesas decorrentes da gravidez. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 560-561).

⁶⁴ Sobre este dispositivo, “A previsão de revisão da pensão alimentícia é da maior pertinência, na medida em que os fatores que norteiam a fixação de alimentos gravídicos são absolutamente diferentes daqueles que orientam o dimensionamento dos alimentos em favor do recém-nascido. Enquanto aqueles se pautam pelas necessidades da mãe atreladas à gestação e ao parto, estes se guiam pelas necessidades do menor. E dificilmente haverá coincidência entre os valores requeridos para satisfazer essas distintas necessidades. Pode acontecer tanto de as necessidades da mãe no período de gravidez serem maiores do que as do recém-nascido (p.ex., gravidez com complicações e recém-nascido que se alimenta exclusivamente de leite materno) quanto as deste serem maiores do que as daquela (p. ex., gravidez sem sobressaltos e recém-nascido acometido por alguma doença). Como se isso não bastasse, as necessidades do menor sofrem intensa variação com o passar do tempo, o que desaconselha, definitivamente, a vinculação entre o valor dos alimentos gravídicos e o valor dos alimentos devidos em favor do filho.” NEGRÃO, Theotonio et al. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 791.

A priori, pais e os filhos estão obrigados à prestação de alimentos, reciprocamente. Em segundo passo, serão compelidos os ascendentes, depois, os descendentes e, por fim, os irmãos bilaterais ou unilaterais.

Na linha reta (ascendentes e descendentes), não há limitação de graus para se fixar a relação obrigacional; enquanto, na linha colateral, apenas os parentes de 2º grau (irmãos germanos ou unilaterais) poderão ser sujeitos ativo/passivo. Já os parentes por afinidade estão excluídos do rol de credor/devedor de alimentos.

Dentro da mesma classe (ascendentes, descendentes e colaterais), a obrigação recai nos parentes mais próximos em grau (por exemplo, os pais precedem os avós), uns em falta de outros.

Caso o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, estiver impossibilitado de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato.

Se no mesmo grau houverem várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, caso a ação seja intentada contra uma delas, as demais - aquelas que se encontram no mesmo grau de parentesco, mas não foram acionadas - poderão ser chamadas a integrar a lide.⁶⁵

Especificamente, o art. 12, do Estatuto do Idoso, prevê regra diferenciada ao dispor: "A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores".

Sobre o dispositivo, façam-se dois comentários. Primeiro, os prestadores de alimentos aos idosos (os mesmos do Código Civil) respondem solidariamente: cada um deles pode ser acionado sozinho para responder integralmente pela dívida.⁶⁶

⁶⁵ O Enunciado 523, da V Jornada de direito civil, preceitua: "Art. 1.698: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado".

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 679. Sobre a temática, cite-se ementa do seguinte julgamento proferido pelo STJ: "Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso.- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido."(STJ, REsp 775.565/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 13.06.2006).

Segundo, o alimentante idoso poderá pleitear alimentos perante qualquer dos legitimados passivos, não existindo ordem de preferência entre eles. “Caso a vovó necessite de alimentos, poderá demandar diretamente o seu filho, seu neto ou seu bisneto, pois todos estão legal e solidariamente vinculados ao cumprimento da obrigação.”⁶⁷

No tocante aos cônjuges e companheiros, a obrigação alimentar repousa no dever de assistência⁶⁸, cuja previsão legal pode ser encontrada nos arts. 1.566, inc. II, e 1.724, ambos do CC, respectivamente.

No entendimento de Lôbo⁶⁹, mesmo após o divórcio é admitida a projeção ou transeficácia do dever de assistência, em razão do princípio da solidariedade. Aliás, não há motivo para deixar de aplicar a mesma lógica do raciocínio do autor aos casos de dissolução de união estável.

Aqui, se faz importante uma observação. Pelo critério de sua natureza, os alimentos se dividem em naturais e civis. Os primeiros têm caráter excepcional e ocorrem apenas nos casos previstos em lei (arts. 1.694, § 2º, e 1.704, parágrafo único, ambos do CC, sendo este último dispositivo legal aplicável também à união estável). Limitam-se a garantir a subsistência, “sem qualquer preocupação com o padrão social, intelectual ou cultural” do alimentando, em virtude do elemento culpa de quem os pleiteia.⁷⁰

O art. 1.694, § 2º, do CC, traz a culpa pela situação de necessidade, enquanto aquela referida no art. 1.704, parágrafo único, do CC, é atinente à culpa pela extinção do vínculo conjugal.⁷¹

Clareando o tema, Zeno Veloso⁷² enumera algumas hipóteses relativas ao mencionado § 2º, nas quais a situação de necessidade resulta da culpa do

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1303.

⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 381.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 702-703 e p. 731.

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 693.

⁷² Apud CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Barueri: Manole, 2014, p. 1782.

reclamante que, por exemplo, gastou irresponsavelmente todo o dinheiro que tinha, malbaratou os bens que possuía, foi dispensado por má conduta ou indisposição para o trabalho de vários empregos.

Os civis são os alimentos em sentido amplo, ou seja, se destinam à manutenção da pessoa e do seu status social⁷³, estando previstos no art. 1.694, *caput*, do CC.

Entrementes, a melhor opção seria afugentar a culpa da fixação dos alimentos decorrentes do casamento ou da união estável, pois tal discussão pode levar à agressão de garantias constitucionais, como a privacidade e a dignidade da pessoa humana. Haja vista o objetivo em diminuir o montante dos alimentos (de civis para naturais), a relação processual pode se transformar em uma verdadeira “lavagem de roupa suja”.⁷⁴

Dias⁷⁵ também critica o nítido caráter punitivo dessa classificação adotada pelo atual código Civil. Após a EC 66/10, teve fim o instituto da separação, “levando de arrasto” os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil, que são atinentes à culpa pelo descumprimento dos deveres do casamento. Defende, ademais, a completa extirpação de qualquer culpa para determinação do alcance dos alimentos, inclusive da prevista no art. 1.694, § 2º, do CC.

Na obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, insta salientar que os Tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm tratando-a como uma exceção à regra, diante da conquista da independência financeira e da igualdade entre homens e mulheres, mormente após a Constituição Federal de 1988. Esse tipo de obrigação é, comumente, fixado por tempo certo, na forma de alimentos transitórios, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.^{76 77}

⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit, p. 731.

⁷⁴ Ibidem, p. 703.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 533-534.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 597.

⁷⁷ Na definição da Min. Nancy Andrighi, “Alimentos transitórios - de cunho resolúvel - são obrigações prestadas, notadamente entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, em que o credor, em regra pessoa com idade apta para o trabalho, necessita dos alimentos apenas até que se projete determinada condição ou ao final de certo tempo, circunstância em que a obrigação extinguir-se-á automaticamente. (STJ, REsp 1.388.955-RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/11/2013).

Há, ainda, os “alimentos compensatórios”, os quais não se confundem com a habitual pensão alimentícia, por isso ultrapassam os limites deste trabalho.⁷⁸

Apenas a título de esclarecimento, esses não encontram previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio. Possuem a específica finalidade de corrigir o desequilíbrio material ocasionado pela ruptura do relacionamento daqueles que viviam em casamento ou união estável, caso um dos componentes do antigo casal sofra uma significativa queda de seu padrão social e econômico.⁷⁹

Os alimentos compensatórios referem-se à hipótese de responsabilidade civil objetiva, no direito de família, estando “à margem de qualquer questionamento causal da separação, ou do divórcio dos cônjuges e da dissolução da união estável”.⁸⁰ Portanto, e apesar da nomenclatura, não detêm caráter alimentar, mas indenizatório.

Por fim, interessante a abordagem do professor Madaleno⁸¹, que apresenta as crianças, os idosos e as mulheres como grupos sociais vulneráveis e se dedica a estudar a tutela alimentar dos mesmos.

A vulnerabilidade das crianças⁸² decorre da natural dependência que têm em relação aos adultos. Assim, durante o processo de desenvolvimento, elas estão sujeitas às mais variadas formas de ofensa em sua integridade física, psicológica, afetiva e material.⁸³

⁷⁸ Por serem diferentes, é possível a condenação judicial simultânea ao pagamento dos alimentos ordinários e dos “alimentos compensatórios”. STJ, REsp 1.290.313-AL, 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12/11/2013.

⁷⁹ MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?Id=546>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ MADALENO, Rolf. O processo civil e a tutela dos vulneráveis no direito de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 275-292. O mestre conceitua a vulnerabilidade como “um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários de especial proteção, justificando-se o tratamento diferenciado em razão das suas condições políticas, sociais e culturais”. Ibidem, p. 277.

⁸² O termo crianças é aqui empregado em significação ampla, abrangendo aqueles que se encontram na faixa etária de criança ou de adolescente. A propósito, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, considera “como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

⁸³ MADALENO, Rolf, op. cit., p. 281-282.

Quanto à terceira idade - camada em constante crescimento quantitativo – destaca que a mesma só foi alvo de tutela infraconstitucional de maior relevo com a edição da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). De modo geral, os idosos formam um grupo social vulnerável, pois “o tempo conta contra eles”, tornando-os pessoas mais dependentes de terceiros. Em exceção, aqueles possuidores de independência não podem ser considerados vulneráveis.⁸⁴

No tocante às mulheres, existe uma “abismal diferença entre a igualdade legal e a realidade social”, entre “o discurso e a aplicação prática e efetiva do direito à igualdade reconhecida formalmente pela Lei Maior”.^{85 86}

Por exemplo, não há como negar a vulnerabilidade de uma mãe que se ver compelida a trabalhar exaustivamente para criar, alimentar e educar seu filho, cujo pai se recusa a pagar pensão alimentícia, prejudicando os projetos de desenvolvimento pessoal da mulher.⁸⁷

Dessa forma, quando convocado a atuar nos conflitos familiares, o juiz deve estar atento ao compromisso em proteger os vulneráveis, conferindo tutela “aos menores e incapazes, cônjuges e conviventes mais débeis e absolutamente afetados em seus fundamentais direitos.” Madaleno acentua, ainda, o posicionamento de Sérgio Gischkow Pereira, pelo qual é inerente ao direito a preocupação com os mais fracos, fragilizados e vulneráveis, sem que isso implique em parcialidade.⁸⁸

⁸⁴ Ibidem, p. 282-285.

⁸⁵ Ibidem, p. 278-280.

⁸⁶ Atualmente, levanta-se a bandeira da mulher independente, que por seu trabalho consegue sustentar a si mesma e contribuir com o orçamento familiar. Todavia, ainda existem resquícios do modelo de família patriarcal, centrado na subordinação da mãe e dos filhos ao marido chefe de família. Não raramente, a mulher possui qualificação acadêmica elevada, mas acaba dedicando-se exclusivamente ao lar e por isso abandona o mercado de trabalho e os estudos. Muitas vezes até por incentivo do consorte ou companheiro que lhe disse ser desnecessário trabalhar fora de casa, pois ele seria capaz de sustentar a casa sozinho. Acontece que, pelas situações da vida, vem o rompimento do casal e aquele que tudo prometeu a mulher, inclusive amor eterno, acha um absurdo contribuir com o sustento da ex. Portanto, diante da complexidade da vida, o magistrado deve analisar, caso a caso e sem quaisquer pré-conceitos, o pedido de alimentos em prol da ex-cônjuge ou ex-companheira.

⁸⁷ MADALENO, Rolf. O processo civil e a tutela dos vulneráveis no direito de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 280.

⁸⁸ Id. Ibid.

3 O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

3.1 ÔNUS DA PROVA: CONCEITO E DISTINÇÃO DE OBRIGAÇÃO

No magistério de Silva⁸⁹, o termo prova comporta três significados diferentes, no processo civil. Refere-se à atividade feita pelos sujeitos processuais com o fim de demonstrar ao juiz a veracidade dos fatos que embasam seu direito; diz respeito ao instrumento pelo qual se faz essa comprovação; e é atinente ao convencimento do magistrado da existência de determinado fato.

Por sua vez, ônus provém do latim *onus*, significando carga, peso, e *onus probandi*, equivale ao encargo de provar. Leia-se encargo na acepção de “interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do magistrado, no que tange aos fatos alegados”.⁹⁰

O ônus não se confunde com a obrigação. O desatendimento do ônus é perfeitamente lícito e não sujeita o seu destinatário a sanções. Aqui a norma apenas descreve um determinado comportamento, ficando a critério exclusivo do interessado, consoante suas razões de conveniência, oportunidade ou estratégia, decidir se irá ou não realizar o ato. Pelo ônus da prova, “as partes não têm efetivamente a obrigação de provar, e a ninguém é dado exigir-lhes isso”.⁹¹

Como ensina Carnelutti⁹², em correlação ao ônus vislumbra-se a ideia de risco, e não de subordinação ou sujeição.

Enquanto isso, a obrigação é o vínculo jurídico, pelo qual uma pessoa pode exigir da outra uma certa prestação, e o obrigado deve cumpri-la, caso contrário pratica ato ilícito e poderá sofrer sanções de natureza jurídica ou pecuniária.⁹³

⁸⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 337, v. 1.

⁹⁰ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58.

⁹¹ CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 25-27.

⁹² Apud BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

⁹³ CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 24-25.

Em síntese, o cumprimento do ônus é do interesse do onerado; e a satisfação da obrigação interessa à outra parte, que é titular do direito subjetivo correspondente.⁹⁴

3.2 REGRA DE CONDUTA, REGRA DE JULGAMENTO E REGRA DETERMINANTE DA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL

Doutrinariamente, costuma-se abordar o ônus subjetivo e o ônus objetivo da prova.⁹⁵

Haja vista o caráter dialético do processo, as partes debatem e produzem provas com o fim de convencer o magistrado. Nesse contexto, o ônus subjetivo da prova determina uma regra de conduta que deverá ser obedecida pelos litigantes se almejarem êxito na ação, assim elas saberão previamente os fatos que cabem a cada litigante provar.⁹⁶ Aqui, tem-se a pergunta: “quem deve provar o quê?”⁹⁷

Quanto ao ônus objetivo, esse enuncia uma regra de julgamento, que será aplicada pelo magistrado quando, após a fase de instrução, ainda exista perplexidade sobre como os fatos ocorreram. Diante da ausência de convencimento, o juiz é obrigado a julgar (vedação ao *non liquet*), conseqüentemente, a sentença de mérito se dará em desfavor da parte a quem tocava o ônus de provar o fato fundamental ao desfecho da controvérsia.⁹⁸

A regra de julgamento deve ser utilizada apenas em caso de dúvida invencível em relação aos fatos alegados. Antes deve o juiz utilizar os poderes instrutórios que lhe são conferidos (art. 130, do CPC⁹⁹), na tentativa de elucidação

⁹⁴ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 207.

⁹⁵ Gisele Góes apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 387.

⁹⁶ CREMASCO, Suzana Santi, op. cit., p.28-29.

⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I, p. 368.

⁹⁸ CREMASCO, Suzana Santi, op. cit., p. 31.

⁹⁹ Art. 130, do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

do ocorrido, ainda que a parte interessada na produção da prova não a tenha solicitado.¹⁰⁰

Na opinião de Cremasco¹⁰¹, tem-se que:

[...] a outorga de poderes instrutórios é de extrema valia, pois permite que, de ofício, o magistrado determine a produção e tenha acesso a todo e qualquer elemento necessário à formação da sua convicção, evitando, o máximo possível, a prolação de decisões fundadas apenas na regra de distribuição dos encargos probatórios. A decisão exarada na insuficiência de prova e na improcedência da pretensão daquele que deixou de provar é o que menos se pode desejar quando o que se tem em mente é o alcance de um resultado compatível com os ideais de efetividade e de justiça, porque, via de regra, acaba por não contemplar aquilo que, de fato, se passou.

É possível que o juiz julgue favoravelmente à parte que não se desincumbiu do ônus, pois sua decisão pode ser lastreada em provas produzidas de ofício ou mesmo pela parte adversa. Todavia, a não observação do ônus aumenta a chance de um julgamento contrário.¹⁰²

Na opinião de Câmara¹⁰³, o aspecto subjetivo do ônus da prova tem “mais relevância psicológica do que jurídica”. Justifica seu pensamento no princípio da comunhão da prova, pelo qual, sendo levadas ao processo, as provas não pertencem a qualquer das partes, mas ao processo, independentemente de quem a produziu. Portanto, o juiz só aplicará as regras de distribuição do ônus da prova, no momento de julgar e se não existir prova de determinados fatos.

Observando a marginal importância dada por grande parte da doutrina ao ônus subjetivo, Carpes¹⁰⁴ realiza sua crítica. Assevera que, no Estado constitucional, a democracia reflete-se no processo mediante o contraditório, desse modo a participação é elemento indispensável para a construção de uma decisão justa.

Sem desmerecer os poderes instrutórios do juiz, é inegável que as partes é que estão em posição de maior proximidade com a prova e é incontestável a

¹⁰⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 414-415.

¹⁰¹ CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 83-84.

¹⁰² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. op. cit., p. 326.

¹⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I, p. 380.

¹⁰⁴ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54.

importância da função subjetiva do ônus da prova na busca pelo esclarecimento dos fatos que compõem o litígio. Assim, o estudioso acredita que a função subjetiva dos ônus probatórios é tão ou até mais importante que a objetiva.¹⁰⁵

Além das duas categorias, Arenhart e Marinoni¹⁰⁶ inovam no tema, trazendo a figura da “regra determinante da formação do convencimento judicial”. Destarte, a regra do ônus da prova não importa ao juiz apenas na hipótese de dúvida, como regra de decisão.

Na fase de convicção (antes da dúvida), o magistrado não deve desconsiderar a natureza da situação concreta trazida a julgamento, porque há situações de direito substancial que exigem o convencimento judicial mediante a verossimilhança do direito alegado pelo autor.¹⁰⁷

Os doutrinadores expõem que a regra do art. 333, do CPC, importa para a construção do convencimento porque ela pode ser atenuada diante de certas situações de direito material. Ao passar pelo contexto da descoberta, cabe ao juiz saber o objeto que intenciona descobrir e também se esse objeto pode ser integralmente descoberto.¹⁰⁸

Arenhart e Marinoni¹⁰⁹ afirmam:

A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não se pode exigir um convencimento judicial *unitário* para todas as situações concretas. Como o convencimento varia de acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto.

Quando a regra do ônus da prova passa a considerar a convicção diante do caso concreto, ela passa a ser responsável pela formação da convicção, que pode ser de certeza ou de verossimilhança. Ou melhor, *pode ser de verossimilhança sem ser de dúvida*. Como o convencimento antecede a decisão, não há como aceitar a ideia de que a regra do ônus da prova somente tem importância para permitir a decisão em caso de dúvida, e não para a formação do convencimento. Ora, o juiz que decide com base em verossimilhança *não está em dúvida; ao contrário, ele está convencido de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto*.

¹⁰⁵ CARPES, Artur, op. cit., p. 55.

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 264.

¹⁰⁷ Id. Ibid.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 265.

¹⁰⁹ Id. Ibid.

Excepcionalmente, o juiz pode julgar com base na verossimilhança, em face da dificuldade da prova e das peculiaridades do direito material, aliás, não há como supor que a decisão jurisdicional está alicerçada na verdade. No processo há uma verdade construída a partir da argumentação e das provas, inclusive por aquelas determinadas pelo juiz.^{110 111}

Nesse contexto, cumpre pontuar os seguintes ensinamentos de Dinamarco¹¹²:

Considera-se cumprido o *onus probandi* quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza que muito dificilmente se atingirá. A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis. *Probabilidade* é a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes desta (Malatesta). Exigir certeza absoluta seria desconhecer a falibilidade humana.

Dessa forma, Dinamarco¹¹³ conclui que a satisfação do ônus da prova deve ser examinada em cada caso, mediante o critério da “probabilidade suficiente”, de forma que o processo civil se satisfaz com a “prova suficiente”.

3.3 O ÔNUS DA PROVA E AS MODALIDADES DE SUA MODIFICAÇÃO

No processo civil brasileiro, a distribuição do ônus da prova vem regulada, de forma estática, pelo art. 333, do CPC; dividindo-se o encargo probatório entre as partes, de acordo com a posição processual e com a natureza dos fatos objeto de

¹¹⁰ Ibidem, p. 464-465.

¹¹¹ Desmistificando também a concepção de verdades absolutas no direito: “O *processo de conhecimento*, criação do direito moderno de inspiração francesa, concebido segundo o modelo romano do procedimento da *actio*, foi preparado para tornar efetivo o princípio estabelecido por Descartes de que deveríamos rejeitar como falso tudo o que fosse apenas verossímil, aceitando como verdadeiro apenas aquilo que se apresentasse à nossa observação como alguma coisa ‘tão clara e distinta que o espírito não tivesse a menor possibilidade de pô-la em dúvida’ (Discurso do método, trad. Brás., 1989, p. 44).” SILVA, Ovídio A Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 80.

¹¹³ Ibidem, p. 81.

prova. A repartição é feita de forma prévia e abstrata, sem qualquer relação com as particularidades do caso concreto.¹¹⁴

Preceitua o referido dispositivo que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito (inc. I); e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

Por essa repartição, cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda ver aplicado pelo juiz na solução do litígio.¹¹⁵

Se o réu apenas nega o fato constitutivo do direito do autor, o ônus da prova recai sobre o último. Ao contrário, caso o réu apresente defesa indireta, alegando um fato capaz de alterar ou extinguir as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor, estará implicitamente admitindo como verdadeiro o fato constitutivo do direito do autor. Nessa hipótese, terá o ônus de comprovar o fato modificativo, extintivo ou impeditivo.¹¹⁶

Fato constitutivo é “aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*)”; fato extintivo “é aquele que põe fim à relação jurídica deduzida no processo”; fato impeditivo “é um fato de *conteúdo negativo*, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei).”; fato modificativo é “aquele que altera a relação jurídica *in iudicium deducta*, como o pagamento parcial”.¹¹⁷

Em geral, cabe a cada parte provar o que alega, aquilo que é do seu interesse ver reconhecido, e quando há alteração nessa regra fala-se em inversão.¹¹⁸

Pelo aspecto subjetivo, a inversão feita em favor do autor o exime de provar os fatos constitutivos, passando ao réu a incumbência de provar a inveracidade. Se a inversão for operada em favor do réu, é o autor quem deverá provar a inveracidade dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos alegados pelo réu.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, maio 2014, p. 14.

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 462.

¹¹⁶ Ibidem, p. 462-463.

¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 378-379.

¹¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 415-416.

Pelo aspecto objetivo, normalmente cada parte sofre a consequência negativa da falta de provas quanto ao fato que lhe cabia provar. Com a inversão, a falta de provas que levaria à procedência do pedido acarretará a improcedência, e vice-versa.¹¹⁹

Na classificação adotada por Neves¹²⁰, existem três espécies de inversão: a convencional, a legal e a judicial.

A inversão convencional provém de acordo de vontades entre as partes, pode ocorrer antes ou durante o feito, mas será nula nas hipóteses do art. 333, parágrafo único, incs. I e II.¹²¹ A inversão legal tem expressa previsão em lei e não exige requisitos legais no caso concreto para se operar; seus exemplos são vistos nos arts. 12, § 3º, 14, § 3º, e 38, do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Na judicial, a inversão é *ope iudicis* e não *ope legis*, cabendo ao juiz analisar no caso concreto se estão presentes os requisitos legais, como acontece no art. 6º, VIII, do CDC.¹²²

Sobre o momento da inversão, ela será feita a partir do acordo entre as partes (inversão convencional) e desde o início da demanda (inversão legal). Quanto à inversão judicial, a doutrina e jurisprudência não são pacíficas: ou teria que ser feita no saneamento do processo, em observância ao princípio do contraditório, com a sinalização às partes da inversão; ou poderia ser levada a cabo no momento da sentença, pois o ônus da prova é regra de julgamento.¹²³

Enfim, a inversão do ônus da prova constitui técnica voltada a proteger o litigante que enfrentaria excessiva dificuldade na produção probatória ou aquele que, na relação jurídica substancial, encontra-se em situação de desigualdade, sendo a parte mais vulnerável. Visa promover o princípio constitucional da isonomia e, ao conferir chances iguais aos hipossuficientes e vulneráveis, coaduna-se com as

¹¹⁹ Ibidem, p. 416

¹²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 389.

¹²¹ 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.

¹²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 389-391

¹²³ Ibidem, p. 391.

garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.¹²⁴

Outra modalidade de flexibilização ou alteração trata da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A distribuição de caráter geral e abstrato do ônus da prova (art. 333, I e II, do CPC) mostra-se alheia à igualdade substancial das partes e à maior ou menor dificuldade que o onerado terá ao cumprir a missão estabelecida a priori pela lei, fato que só poderá ser observado no caso concreto.¹²⁵

Atribuída à moderna doutrina argentina de Jorge W. Peyrano, na verdade, a teoria foi idealizada, em 1823, por Jeremy Bentham, que afirmou: “O ônus de provar, em cada caso individual, deve ser imposto à parte que pode dele desincumbir-se com menos inconveniente, vale dizer, em menor prazo, com menos dificuldade e com custo menor.”¹²⁶

Assim, o ônus passa a recair sobre aquele que está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de produzir a prova, independentemente de ser autor ou réu e da natureza do fato.¹²⁷

O afastamento da regra geral é medida excepcional¹²⁸ e Cremasco aponta que o principal objetivo da distribuição dinâmica é facilitar a vinda da prova do fato controvertido ao feito, de modo a contribuir para uma tutela jurisdicional mais efetiva.¹²⁹

Para a aplicação da teoria é necessária a observância de alguns critérios. Nesse contexto, tem-se que o primeiro e principal critério constitui a dificuldade ou a impossibilidade do litigante que tem ônus da prova em produzi-la, devido às razões

¹²⁴ CAMBI, Eduardo. Prova - nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando et al (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 677.

¹²⁵ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70.

¹²⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 752.

¹²⁷ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 214.

¹²⁸ Ibidem p. 31.

¹²⁹ CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 86.

mais diversas (social, econômica, cultural, informação, acesso, técnica ou hierarquia).^{130 131}

O elemento probatório deve estar efetivamente comprometido ou inviabilizado, pois a flexibilização do ônus não se dá por comodidade da parte a quem toca o ônus só porque a outra tem maior facilidade na produção da prova. Além disso, essa dificuldade ou impossibilidade deve ter em contrapartida a maior facilidade ou a melhor condição do outro litigante para produzir a prova.¹³²

Verificada a desigualdade entre as partes, a redistribuição do ônus pode se dar de ofício pelo juiz ou por requerimento do interessado. Em ambas as situações, deve ser conferido ao litigante a quem se quiser atribuir o encargo o direito de se pronunciar sobre a questão, defendendo-se. A decisão final está sujeita a recurso pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Ademais, esclareça-se que a distribuição dinâmica pode se dar em relação a um ou mais fatos controvertidos no processo.¹³³

Sobre o momento no qual o juiz deve determinar a distribuição dinâmica do ônus da prova, existe controvérsia semelhante à que se coloca na inversão do ônus da prova em ações de cunho consumerista. Indaga-se se o juiz deve indicar a incidência na abertura da fase instrutória pelo despacho saneador ou se é possível fazê-lo na prolação da sentença.¹³⁴

Silveira¹³⁵ expõe sobre o tema:

A aplicabilidade da flexibilização advém da interpretação dos princípios da *adaptabilidade do procedimento ao caso concreto*, da *igualdade* (art. 5º, *caput*, CF), da *solidariedade com o órgão judicial* (arts. 339, 340, 342, 345, 355 do CPC), da *lealdade e da boa-fé* (arts. 14, 16, 17, 180 e 125, III, CPC), do *princípio do acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CF) e do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF).

¹³⁰ Ibidem, p. 86.

¹³¹ Por sua vez, Carpes dispõe que, “da imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível resulta a imposição de uma *probatio diabólica*” CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

¹³² CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 87.

¹³³ Ibidem, p. 87-88.

¹³⁴ Ibidem, p. 88.

¹³⁵ 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, p. 279.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra amparo legal no art. 373, do Novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), o qual entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial, conforme seu art. 1.045.¹³⁶

3.4 OS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Nesse tópico, volte-se a dois princípios entre aqueles que justificam a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, até porque, no próximo capítulo, analisar-se-á a conformação ou não do ônus da prova nas ações de alimentos a esses dois vetores.

O princípio do devido processo legal ou do processo justo encontra previsão expressa no art. 5º, LIV, da CF, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Consoante Portanova¹³⁷, a diretriz informa todos os princípios relativos ao processo e ao procedimento e tamanha é a sua amplitude e significado que “legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito”. Adverte, ainda, para a diferença entre o devido processo legal e o princípio da legalidade, pois aquele não se limita em garantir ao cidadão um processo ordenado, ou seja, que obedeça às normas previamente estipuladas em lei. Nesse contexto, frisa o jurista.¹³⁸

Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial”.

¹³⁶ Nessa seara, importa destacar parte do art. 373, do Novo CPC: “§ 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.”

¹³⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 145-147.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 147.

O princípio do devido processo legal é complexo e torna possível a justiça do caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas. Abriga, pois, dois sentidos: a) o formal, referente ao direito a ser processado e a processar, conforme as normas já estabelecidas, cujo processo de produção também deve respeitar o princípio; b) o substancial, atinente ao conteúdo das decisões judiciais, que devem ser razoáveis e corretas¹³⁹.

De todo o exposto, é possível perceber que o princípio em tela caminha entre os valores da segurança jurídica, em seu aspecto formal, e da efetividade, em seu lado substancial.¹⁴⁰ Como observa Rawls¹⁴¹, a estrutura procedimental do processo tem por meta atingir o resultado correto (decisão justa), mas “não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente”, daí se falar em “justiça procedimental imperfeita”¹⁴².

Partindo para a análise da expressão “processo justo”, surge a pergunta do que é o “justo” (termo indeterminado), levando-se a uma pluralidade de respostas. Consequentemente, a doutrina costuma definir o devido processo legal, citando os variados princípios que este engloba e com vistas à efetiva tutela do direito material.

Destacando a conceituação fornecida por Mattos¹⁴³, tem-se que:

Em síntese: o direito fundamental ao devido processo legal deve ser concebido como direito fundamental a um processo justo, vale dizer, como

¹³⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 33-40.

¹⁴⁰ Para Oliveira, o processo está voltado aos valores da realização da justiça do caso e da pacificação social, bem como deve orientar-se pelos valores da efetividade, da segurança jurídica e da organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Aponta como fim último a realização do valor justiça no caso concreto, de forma que ocorra a atuação concreta do direito material. Por ser assim, até o alcance desse desiderato maior, a efetividade e a segurança estão em permanente conflito, gerando a necessidade de balanceamento de ambos valores. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.77.

¹⁴¹ Apud PIRES, Thiago Magalhães. Princípios e garantias fundamentais do processo civil: comentários ao projeto de Novo Código de Processo Civil. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n. 1, p.65-115, jan.-jun./ 2014, p. 88.

¹⁴² Sobre o procedimento e sua falibilidade, Alexy explica que: “Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido por meio da observância dessas regras e/ou respeito aos princípios, então, ele deve, do ponto de vista procedimental, ser classificado positivamente. Se ele não é obtido dessa forma, ele é, do ponto de vista procedimental, defeituoso, e deve ser, por isso, classificado negativamente”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 473.

¹⁴³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 201.

direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva.

Nessa seara, confirmam-se quais os critérios mínimos, indispensáveis, para aferir a “justa estruturação do processo”:¹⁴⁴

Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. O *juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões*. Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela *jurisdicional efetiva e adequada*, em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, sendo o caso, com *direito à assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*.

Sobre o princípio da adequação do procedimento, o Estado, legislador ou juiz, está obrigado a prestar tutela aos direitos, através da técnica processual idônea ou apta à efetiva proteção do direito material.^{145 146}

Em outras palavras, o princípio da adequação do procedimento decorre da necessidade “de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga de justiça”¹⁴⁷

Segundo Didier¹⁴⁸, enquanto a atividade legislativa volta-se para situações abstratas, a jurisdição é função criativa da norma jurídica do caso *sub judice*, não se

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 618.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427-428.

¹⁴⁶ “O processo tem de ser *capaz de promover* a realização do direito material. O *meio* tem de ser idôneo à promoção do *fim*. A adequação da tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada a juízo.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 618.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.134.

¹⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 72.

tratando da simples aplicação da norma geral e abstrata. Assim o é porque a jurisdição é sempre tópica: o órgão jurisdicional é instado a resolver um problema concreto, cabendo-lhe prosseguir na adequação do processo iniciada pelo legislador.

O autor pontua que muitas vezes existe a previsão legal para a adequação judicial do procedimento, a exemplo da possibilidade de inversão do ônus da prova trazida pelo art. 6º, VIII, do CDC. Ademais, destaca o posicionamento adotado por Humberto Ávila, dentre outros, em favor da possibilidade de conformação judicial do procedimento, mesmo diante da ausência de autorização legislativa para tanto, com fundamento no direito fundamental de adequação do procedimento¹⁴⁹.

Oportuno, então, destacar a problemática retratada por Moraes¹⁵⁰, *in verbis*:

...parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno, – metodológico – a exigência de fundamentação (argumentativa) da sentença. [...] Se antes as soluções repousavam na lei – na época em que o juiz era considerado simples mensageiro desta (na expressão de Montesquieu, *la bouche de la loi*), o problema a ser enfrentado, no contexto atual, corresponde a determinar de que forma (isto é, em que nível de fundamentação), com base em que critérios e em que situações o Direito deverá ser dito pelo magistrado (o direito segundo a boca-do-juiz).

Os princípios do devido processo legal e da adequação do procedimento guardam íntima relação com o direito fundamental de acesso à justiça, que encontra previsão no art. 5º, inciso XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Por sua vez, o acesso à justiça é compreendido em duas facetas. Na sua significação mais remota (formal), diz respeito ao direito do cidadão de se socorrer ao Judiciário. Hoje, destaca-se a sua segunda dimensão, esta de caráter substancial, pois preocupada com o resultado efetivo do exercício da jurisdição¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ibidem, 54. Didier prefere falar em princípio da adequação (abstrato e concreto), que informa a atividade do Legislativo na criação de procedimentos adequados; e em princípio da adaptabilidade (concreto e reparador), este relativo ao poder de adaptação do procedimento pelo juiz, no caso concreto. Ibidem, p. 51.

¹⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 14, n. 56, out.-dez./ 2013, p. 28 e 30.

¹⁵¹ Em igual raciocínio, Oliveira clarifica: “A efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações

Interessante observar que a ideia atual sobre a dimensão substancial do acesso à justiça é encontrada em antiga formulação de Chiovenda, alcunhada por José Carlos Barbosa Moreira de “máxima coincidência possível”. A propósito, Didier¹⁵² esclarece o sentido do princípio da máxima coincidência possível, nos seguintes termos:

Trata-se de velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional. O processo jurisdicional deve primar, na medida do possível, pela obtenção deste resultado (tutela jurisdicional) coincidente com o direito material.

Assim, diante de uma situação de direito material, o cidadão assume uma posição jurídica, da qual flui um complexo de direitos e deveres. E a jurisdição tem o dever de proteger essa posição jurídica, em outras palavras, de prestar a tutela prometida pelo direito material.¹⁵³

Enfim, para Cappelletti¹⁵⁴, o acesso à justiça é “o mais básico dos direitos humanos”, no contexto de “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

4 A TAREFA DE FIXAÇÃO JUDICIAL DO *QUANTUM* ALIMENTAR EM DIREITO DE FAMÍLIA

4.1 NOÇÕES ESSENCIAIS

Pela leitura dos arts. 1.694 e 1.695, do Código Civil, a obrigação alimentícia depende da verificação dos seguintes requisitos: 1) o vínculo familiar entre os parentes, cônjuges ou companheiros; 2) a necessidade do alimentado; 3) a

temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

¹⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 41.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146-147.

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

possibilidade do alimentante de prestar alimentos, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Na tarefa de fixação do *quantum* alimentar, além de atentar para os três pressupostos, o magistrado deve respeitar a proporcionalidade, que, segundo Gagliano e Pamplona Filho¹⁵⁵, representa a “justa medida” entre a necessidade do credor e a capacidade econômica do devedor.

Do art. 1.694, § 1º, do CC, depreende-se que fica “ao prudente critério do Juiz arbitrar o valor da pensão alimentícia, atendidas as circunstâncias do caso concreto”¹⁵⁶. A proporcionalidade constitui um “norte axiológico que emana das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência e moderação”.¹⁵⁷

Como assevera Lôbo¹⁵⁸, o trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade é formado por conceitos indeterminados, cujo conteúdo somente é preenchido na situação *sub examine* e desse modo¹⁵⁹:

A diversidade de situações, a variedade existente no mercado de trabalho, o número de atividades autônomas ou avulsas, o custo variável de sustento, saúde e formação cultural e intelectual dos filhos, as demandas crescentes de novos meios de convivência e lazer, tudo isso impede que o legislador estabeleça critérios, padrões ou percentuais rígidos de alimentos. As necessidades de cada um são distintas, em função da idade, da saúde, dos propósitos do alimentando.

Nessa senda, Venosa¹⁶⁰ leciona que:

Não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço. Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha

¹⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 683.

¹⁵⁶ TJMG, Ap. nº 1.0027.09.203269-0/001, 4ª Câmara Cível, Relª Desª Ana Paula Caixeta, j. 26/02/2015.

¹⁵⁷ TJMG, Ap. nº 1.0702.09.654161-1/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Barros Levenhagen, j. 09/10/2014.

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 387.

¹⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 394.

meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro. Não há que se exigir sacrifício do alimentante.

José Orlando Rocha de Carvalho¹⁶¹ informa a didática ilustração do juiz, que, mediante um processo dialético, construirá uma tese (representação das necessidades do credor), a qual será contraposta à antítese (apuração dos recursos do devedor) e daí surgirá a síntese (harmonização da tese e da antítese), definindo-se o valor da obrigação. Na práxis, é exatamente assim que funciona.

A ação de alimentos exige do autor e do réu ampla participação na produção de provas, tendo em vista a correta mensuração do binômio alimentar pelo juiz. Na disputa de interesses, o autor não quer ver a fixação dos alimentos em valor menor do que lhe caberia, nem o réu pretende ver seu orçamento diminuído, mês a mês, de modo desproporcional.¹⁶²

De mais a mais, é necessário relembrar alguns conceitos processuais. De acordo com Theodoro Júnior¹⁶³, o princípio da congruência entre o pedido e a sentença é decorrência indispensável da garantia do contraditório e da ampla defesa e, em sentido amplo, do devido processo legal. Assim, é necessário que o objeto do processo esteja bem claro e preciso, para possibilitar acerca dele a defesa do réu.

O demandado não pode ser surpreendido por sentença abaixo (*citra petita*), fora (*extra petita*) ou além (*ultra petita*) das questões suscitadas no pedido, o qual representa “a condição e o limite da prestação jurisdicional”.¹⁶⁴

Pelo disposto nos arts. 128 e 460, do CPC, é nula a sentença *extra petita* e a *citra petita*; enquanto na sentença *ultra petita*, aquela em que o juiz dá ao autor mais

¹⁶¹ Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 779-780.

¹⁶² Conforme Carpes: “A partir da compreensão de que o processo constitui instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, ganha relevo não apenas a atividade e responsabilidade do juiz, mas também a atividade e responsabilidade das partes, a fim de que tal finalidade seja alcançada. Consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, exige-se do juiz esforço ainda maior na tarefa de formação do juízo de fato, na medida em que somente dessa forma será possível alcançar a justiça. Tal esforço, todavia, é compartilhado com as partes, às quais também é endereçado semelhante *dever de cooperação*”. CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 556.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 556.

do fora pleiteado, a nulidade é apenas parcial, atingindo o excesso praticado.¹⁶⁵ O recurso cabível contra a sentença *extra petita* e a *ultra petita* é a apelação, e a sentença *citra petita* pode ser atacada por meio de embargos de declaração.¹⁶⁶

Ocorre que, nas ações de alimentos, a sentença não está submetida ao princípio da adstrição, “podendo o magistrado arbitrá-los com base nos elementos fáticos que integram o binômio necessidade/capacidade, sem que a decisão incorra em violação dos arts. 128 e 460 do CPC.”¹⁶⁷

Dessa maneira, “O pedido de pensionamento formulado nessa espécie de demanda é meramente estimativo, não se configurando decisão *ultra* ou *extra petita* a concessão de valor maior que o postulado na exordial”¹⁶⁸

Todavia, afirma-se que os alimentos não podem ser arbitrados em valor inferior à oferta do alimentante (TJMT, 6ª Câm. Cív., 07.06.2006, *RT* 853/297).¹⁶⁹

Oferecidas essas linhas gerais, cumpre analisar a divisão do encargo probatório no rito especial da ação de alimentos, com maior ênfase na obrigação alimentícia avoenga, e examinar a possibilidade ou não de aplicação da teoria da aparência.

4.2 DESCORTINANDO O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

Pela leitura do art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos - LA), é fácil perceber que a prova do vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial, cabe à parte autora, como fato constitutivo de seu direito, posto ser um dos pressupostos da obrigação alimentícia. Senão vejamos:

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,

¹⁶⁵ Ibidem, p. 559.

¹⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 829.

¹⁶⁷ STJ, REsp 1290313/AL, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12/11/2013.

¹⁶⁸ STJ, REsp 595.746/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02/12/2010.

¹⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 582.

profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe. (Grifo nosso)

Para citar um exemplo, em ação ajuizada por filho ainda menor de idade com a devida representação, a petição inicial geralmente é instruída com a cópia da certidão de nascimento. Assim, resta comprovada a paternidade e, conseqüentemente, o dever de sustento inerente ao poder familiar.

A demonstração do vínculo da relação familiar é fundamental para a fixação *inaudita altera pars* dos alimentos provisórios, os quais são de estipulação obrigatória pelo juiz, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita (art. 4º, *caput*, da LA)¹⁷⁰. Daí se dizer que os alimentos provisórios exigem a prova pré-constituída do parentesco, do casamento ou da união estável.

A ação de alimentos regida pela Lei nº 5.478/68 tem “rito procedimental sumário especial, mais célere que o sumário; uma espécie de sumaríssimo, como o dos Juizados Especiais”.¹⁷¹

O interessado em obter alimentos que não possua essa prova pré-constituída e os necessita com urgência deverá pleitear os provisionais, cuja disciplina consta nos arts. 852 a 854, do CPC, constituindo tutela cautelar de nítido caráter satisfativo.

Vencida a questão, o ônus da prova nas ações de alimentos gravita em torno do “binômio necessidade do reclamante e possibilidade do reclamado” e, como ensina Cahali¹⁷², as regras gerais do art. 333, I e II, do CPC, exigem “alguma adaptação”, no tocante a tais pressupostos.

Em levantamento da doutrina estrangeira, o mestre enuncia a controvérsia acerca da necessidade. Há, então, a corrente que defende ser este um ônus do autor, pois diz respeito à constituição do direito a alimentos. Por outra vertente, a necessidade alegada pelo demandante resolver-se-ia na negativa de um fato, e, como tal, o ônus da prova seria transferido ao réu que o contraria, assim o autor não teria que provar sua necessidade; nesse sentido estão Merlin, Duranton, Zachariae, e outros.¹⁷³

¹⁷⁰ Art. 4º, *caput*, da LA: “Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”.

¹⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 416.

¹⁷² CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 573.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 573.

Entre os adeptos da primeira corrente, Aubry e Rau ressaltam que não se pode impor ao requerente de alimentos a prova rigorosa de sua necessidade, bastando que ofereça explicações que justifiquem sua situação de carência.¹⁷⁴

Nesse interregno, Cahali assume a posição de que o autor é quem deve demonstrar a própria necessidade, pois melhor conhece sua situação financeira, além de dispor dos meios adequados para demonstrá-la. Pondera que basta a prova de certas circunstâncias suficientes para convencer dessa necessidade.¹⁷⁵

Em relação à outra condição, “há consenso sobre o ônus da prova”. Parafraseando o pensamento de Lehmann e Cicu, dispõe Cahali que “a impossibilidade do alimentante, como fato impeditivo da pretensão do alimentando, deve ser provado pelo réu, como objeção que é”.¹⁷⁶

De todo modo, o autor acaba relatando duas opiniões divergentes.

Bianchi considera que a prova do fato caberia a quem alega e, se tal fato é formado por vários elementos, o autor teria que provar todos eles, ou seja, a sua necessidade e também as possibilidades do réu.¹⁷⁷

Auletta destaca que o ônus da prova do autor/alimentando engloba a demonstração dos seguintes elementos constitutivos: vínculo familiar com o alimentante; falta de meios suficientes ao próprio sustento; impossibilidade de procurá-los com o trabalho; e, frise-se, possibilidade econômica do alimentante de arcar com os alimentos.¹⁷⁸

No direito brasileiro, é pacífico o entendimento de que a prova da necessidade cabe ao alimentando¹⁷⁹.

Ao deduzir o pedido de alimentos, o autor não pode se omitir em provar sua carência econômica e somente esperar que o réu ofereça resistência, provando o

¹⁷⁴ Ibidem, p. 574.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 574.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 574.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 573.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 575.

¹⁷⁹ Ao longo da pesquisa, não se encontrou qualquer doutrina ou jurisprudência brasileira que contrarie o ônus do alimentando em provar a sua necessidade. Categoricamente, Farias e Rosenvald afirmam que a necessidade “deve ser provada por quem pleiteia os alimentos”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 758.

contrário. Afinal, a prova da necessidade o beneficiará e, como ensina Dinamarco¹⁸⁰, “ônus são imperativos do próprio interesse e é a vontade de cada um que comanda a escolha por cumpri-los ou descumpri-los”.

Compete ao requerente provar suas necessidades, para a constituição do seu direito (art. 333, I, do CPC). Nesse ponto, a regra estática do ônus da prova é apropriada, sendo o autor a parte que possui mais facilidade em produzir tal prova, a qual não precisa ser robusta, como opina Cahali.

Quanto ao outro requisito do binômio (capacidade contributiva) é possível fazer a seguinte indagação: Deveria o alimentário demonstrar a possibilidade do demandado, ou caberia ao alimentante comprovar a ausência ou insuficiência de condições financeiras para prestação de alimentos?

Na jurisprudência, existe divergência, sobretudo em razão da dualidade de interpretação dada ao art. 333, do CPC.¹⁸¹

Pela vertente majoritária e apoiada em Cahali, a impossibilidade do réu constitui um fato impeditivo do direito do autor, por isto caberia ao primeiro prová-la, na dicção do art. 333, II, do CPC.

Firme nessa orientação, a 37ª Conclusão do Centro de Estudos do TJRS¹⁸² prevê: “Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado.”

Em trecho da justificativa do enunciado, destaca-se a dificuldade do requerente em ter acesso a informações seguras sobre os rendimentos do alimentante, por isso “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”.

Em relação à ideia, convém externar pequena divergência teórica, por tratar a impossibilidade, em geral, como um fato impeditivo. Inclusive, sem qualquer ressalva foi redigida a Conclusão n.37 do TJRS.

¹⁸⁰ Apud MORAES, Denise Maria Rodríguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, dez./2013, p. 72.

¹⁸¹ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]

¹⁸² O texto da Conclusão encontra-se disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/conclusoes.html>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Realmente, a impossibilidade total de pagar os alimentos pleiteados constitui fato impeditivo, pois diante da ausência do requisito da possibilidade não teria que haver a obrigação alimentícia.

Quanto à impossibilidade parcial, que se dá quando o réu alega que só pode pagar alimentos em menor quantia, configura-se fato modificativo do direito do autor, pois o alimentante não descarta a obrigação alimentar, no entanto busca a sua diminuição.

Essa diferenciação não tem maiores consequências, quer se trate de alegação de fato impeditivo ou de fato modificativo, a regra do ônus estático confere ao alimentante a carga da prova da impossibilidade total ou parcial (art. 333, II, do CPC).¹⁸³

Conforme a segunda vertente (posição minoritária), a possibilidade do alimentante é fato constitutivo do direito do autor, cabendo ao alimentando a sua prova, nos termos do art. 333, I, do CPC. Aqui o raciocínio é semelhante àquele desenvolvido por Bianchi e de Auletta.

Ademais, de modo incipiente, é possível encontrar decisões no sentido de que cabe ao réu o ônus de provar suas condições financeiras (primeira corrente), mas que invocam a modificação da regra geral do ônus da prova, através das modalidades da inversão ou da dinamização do encargo probatório. Confira-se:

Alimentos. Fixação no patrimônio mínimo. **Inversão do ônus da prova.** Necessidades da menor presumidas. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido. (TJSP, Ap. nº 633.874.4/8 - Mogi-Guaçu, 8ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 29/07/2009) (Grifo nosso)

Segundo Silva e Salvagni.¹⁸⁴, não há como impor ao autor a comprovação dos ganhos do demandado, pois essas informações estão encobertas pelo sigilo e respaldadas no direito à privacidade. Dessa maneira, o réu, como parte onerada,

¹⁸³ Os Tribunais, como o do Estado do Rio Grande do Sul, costumam tratar a incapacidade econômica relativa em prestar alimentos como fato impeditivo. Percebendo a diferença, o TJMG pronunciou "Se o réu entendesse que não estava capacitado a prestar alimentos ou que sua capacidade fosse reduzida, cumpria-lhe o ônus de provar esse fato impeditivo ou modificativo do direito do autor", conforme trecho citado no voto do Ministro Relator (STJ, REsp 166.720/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17/02/2000).

¹⁸⁴ SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 943, maio 2014. p. 179.

que deve provar seus rendimentos ao magistrado, haja vista a fixação dos alimentos em respeito ao critério da proporcionalidade.

As pesquisadoras defendem a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, nas ações de alimentos, apesar de ainda não haver a positivação na legislação. Constatam que, corriqueiramente, o credor de alimentos é hipossuficiente em relação ao devedor, por exemplo, quando este é profissional liberal, tornar-se-ia impossível a prova pelo autor das condições econômicas do obrigado. Nessa seara, a dinamização evitaria a violação dos princípios constitucionais como o acesso à justiça e o devido processo legal.¹⁸⁵

Silva e Salvagni¹⁸⁶ aduzem que, apesar da recente publicação da Conclusão n. 37, o Tribunal gaúcho aplica a teoria da distribuição da carga dinâmica, desde o ano de 1997¹⁸⁷, e não é o único. Em alimentos, haveria diversas decisões respaldadas nessa teoria, inclusive uma do STJ¹⁸⁸, porém, observaram que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) e o de Minas Gerais (TJMG)¹⁸⁹, infelizmente, mantêm-se fiéis à regra geral do ônus estático da prova.

Entretanto, convém tecer alguns comentários sobre o esposado. Isso porque, as Cortes brasileiras não fundamentam com frequência as suas decisões consoante expressa referência à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova¹⁹⁰, nem

¹⁸⁵ Ibidem, p. 164-167 e 171.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 174-177.

¹⁸⁷ “Ação de alimentos. Pensão estabelecida em valor correspondente aos ganhos supostamente auferidos pelo genitor. Exercendo o devedor de alimentos atividade autônoma a ele compete a obrigação de comprovar seus rendimentos não bastando para isso meras alegações. O ônus de produzir a convicção sobre suas afirmativas lhe pertence. A falta de qualquer demonstração neste sentido cabe ao magistrado presumir as possibilidades do devedor fixando o pensionamento. A aplicação da teoria das cargas dinâmicas da prova tem especial oportunidade em casos tais, pela relevância dos valores em discussão. Apelo improvido.” (TJRS, Ap. nº 597142736, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 06/11/1997)

¹⁸⁸ STJ, REsp 166.720/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 17/02/2000. Contudo, é de se notar que no *decisum* aplica-se o ensinamento de Cahali, pelo qual a impossibilidade do alimentante deve ser provada pelo réu, como objeção que é.

¹⁸⁹ TJMG, Ap. nº 1.0685.07.003698-1/001, 1ª Câmara Cível, Relª Desª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 10/02/2009.

¹⁹⁰ Até na argentina, onde o desenvolvimento da teoria se destaca, a jurisprudência aponta pouco mais de duas dezenas de casos em que se aplicou a técnica, não obstante haver mais de trinta anos que ela foi apontada por Peyrano. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 752.

mesmo nas ações de família.^{191 192} A maioria dos Tribunais vem seguindo a mesma concepção da Conclusão n. 37 do TJRS, considerando que a impossibilidade do alimentante é um fato impeditivo, por força do art. 333, II, do CPC (ônus estático da prova).

A presente pesquisa apurou, ainda, que as duas Cortes criticadas contam com decisões em diferentes direções. No âmbito do TJDF, é possível ver acórdãos, no sentido de que a prova da capacidade financeira do réu/alimentante constitui ônus do autor.¹⁹³ E, ao contrário, há o posicionamento de que o réu/alimentante é quem deve provar a sua impossibilidade de prestar a pensão alimentícia pugnada.¹⁹⁴ Quanto ao TJMG, além do *decisium* mencionado por Silva e Salvagni, vejamos, em sentido contrário, os julgados relatados pela Desª Heloisa Combat (nota de rodapé n. 191).

¹⁹¹ Na fundamentação de seus votos, a Desª Heloisa Combat já utilizou, simultaneamente, o princípio da carga dinâmica das provas e os ensinamentos de Cahali sobre o ônus da prova em alimentos. Nesse sentido, vejamos os recursos julgados contra as sentenças proferidas em ação de oferecimento de alimentos (TJMG, Ap. nº 1.0024.07.506687-8/001, 7ª Câmara Cível, Relª: Desª Heloisa Combat, j. 02/12/2008) e em ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos (TJMG, Ap. nº 1.0351.12.004545-2/001, 4ª Câmara Cível, Relª Desª Heloisa Combat, j. 05/02/2015). Há, então, uma incongruência: estar-se-ia aplicando a dinamização do ônus da prova ou a regra estática, que vem disposta no art. 333, incs. I e II, do CPC?

¹⁹² Em artigo publicado em 25/02/2011, que cuida de inovações no direito de família, citam-se dois julgamentos (segredo de justiça) que aplicam a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: “a) TJSP - AP. Cível N. 990.10.147028.4, Rel. Caetano Lagrasta, por maioria, j. 13.10.10: Alimentos. Propositura em face da avó paterna. Sentença de improcedência. Alegação dos autores de que a pensão paga pelo genitor é insuficiente, sendo que um dos alimentandos é menor portadora de deficiência e necessita de cuidados especiais. Preliminar de cerceamento de defesa. Inexistência, nos autos, de provas dos ganhos da requerida, sobre o qual deve recair o ônus de demonstrar a alegada impossibilidade. Aplicação da teoria da carga dinâmica da prova. Sentença anulada para que se prossiga na instrução processual. Recurso provido, por maioria.; b) TJSP - AP. Cível N. 990.10.062944-1, Rel Caetano Lagrasta, unanimidade, j. 07.04.10: Alimentos. Autora que sempre dependeu dos aportes do varão que exerce atividade com evidente dificuldade de aferição dos ganhos. Inversão do ônus da prova. Teoria da carga dinâmica das provas. Percentual fixado na sentença mantido. Recurso improvido.” LAGRATA, Caetano. **Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos e o Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2585571/artigo-direito-de-familia-novas-tendencias-e-julgamentos-emblematicos-e-o-estatuto-das-familias-por-caetano-lagrata>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹⁹³ TJDF, Ap. nº 20131310044346, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos, j. 11/12/2014; TJDF, Ap. nº 20080810033209, 3ª Turma Cível, Relª Desª Nídia Corrêa Lima, j. 03/03/2010; TJDF, Ap. nº 20070310426279, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Mario Zam-Belmiro, j. 13/08/2009; TJDF, Ap. nº 20070310398105, 4ª Turma Cível, Rel. Des. Cruz Macedo, j. 13/03/2009.

¹⁹⁴ TJDF, Ap. nº 20120210045365, 1ª Turma Cível, Relª Desª Leila Arlanch, j. 26/09/2013; TJDF, Ap. nº 20050410088160, 5ª Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, j. 02/05/2007.

A divergência também é encontrada no TJAP, onde existe decisão imputando ao alimentante o ônus de provar a exorbitância da pensão pleiteada.¹⁹⁵ E, em outros julgamentos, aquele que pede os alimentos tem o ônus de provar as possibilidades do réu¹⁹⁶. Mire-se:

EMENTA DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Alimentos - Capacidade financeira do obrigado - Prova - **Ônus do autor - Art. 333, inc. I, CPC – Não desincumbência** - Fatores importantes no arbitramento: necessidades do alimentando e renda declarada pelo alimentante - Redução da verba alimentar - Necessidade - Apelo - Provimento parcial - **1) Mesmo em se tratando de alimentos, a demonstração do fato constitutivo do direito alegado na inicial, tal como previsto no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, constitui ônus do autor, de sorte que, não restando demonstrada a capacidade financeira do alimentante de pagar a verba alimentar no valor pretendido ou no estabelecido pela sentença, impõe-se a mitigação para quantia adequada à realidade dos autos e ao que dispõe o art. 1.694, § 1º, do Código Civil, podendo ser considerado para esse fim as necessidade naturais do alimentando e, inclusive, a renda declarada pelo próprio devedor - 2) Apelação parcialmente provida. (TJAP, Ap. nº 0002373-17.2003.8.03.0009, Câmara única, Rel. Des. Mário Gurtyev, j. 18/11/2008) (Grifo nosso)**

Em defesa da possibilidade de aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, dispõe Giorgis¹⁹⁷:

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 (art. 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.

¹⁹⁵ TJAP, Ap. nº 0016028-41.2007.8.03.0001, Câmara única, Rel. Des. Carmo Antônio, j. 31/08/2010.

¹⁹⁶ TJAP, Ap. nº 0040895-25.2012.8.03.0001, Câmara única, Rel. Des. Raimundo Vales, j. 30/07/2013; TJAP, Ap. nº 0007962-67.2010.8.03.0001, Câmara única, Rel. Des. Raimundo Vales, j. 12/06/2012; TJAP, Ap. nº 0032705-44.2010.8.03.0001, Câmara única, Rel. Des. Raimundo Vales, j. 31/01/2012; TJAP, Ap. nº 0022071-28.2006.8.03.0001, Câmara única, Rel. Des. Mário Gurtyev, j. 28/10/2010.

¹⁹⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Prova Dinâmica no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 11, p.18-37, ago.-set./2009, p. 29-30.

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 espectador 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.

Por fim, importante registrar a contribuição de Dias¹⁹⁸, sobre o assunto:

Vem se consolidando o entendimento de que, nas demandas alimentárias, se inverte a divisão tarifada dos **encargos probatórios** (CPC 333). É o que se chama de **distribuição dinâmica dos ônus da prova**, defendida por Fredie Didier com base nos princípios da igualdade, da lealdade, da boa-fé, da solidariedade, do devido processo legal, do acesso à justiça e da adaptabilidade do procedimento.

Ao **autor** cabe tão só comprovar a **obrigação** do réu de lhe prestar alimentos. É o que diz a lei (LA 2º): *o credor exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor*. Não há como impor ao alimentando a **prova dos ganhos do réu**, pessoa com quem não vive, muitas vezes, nem convive, o que torna quase impossível o acesso às informações sobre seus rendimentos. É do alimentante o encargo de **provar seus rendimentos**, eis não dispor o credor de acesso a tais dados, porquanto gozam de sigilo e integram o direito constitucional à privacidade e à inviolabilidade da vida privada (CF 5.º X).

O autor, caso ainda não atingido a maioridade civil, não necessita sequer provar suas necessidades, que são presumidas, ainda que seja salutar declinar suas necessidades. Transfere-se ao **réu** o encargo de demonstrar os fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor, ou seja, de que eventualmente não necessita do quanto alega.

Quedando-se em silêncio o devedor, os alimentos devem ser fixados no valor pleiteado pelo autor. Omitindo-se em trazer tais informações, desatende o réu ao dever de colaborar com a justiça, sujeitando-se a uma devassa em sua vida econômico-financeira.

Quando se trata de obrigação alimentar entre **cônjuges** ou **companheiros**, cabe ao credor o ônus de provar suas necessidades, ou seja, que não tem condições de prover a própria subsistência.

Sobre o exposto acima, discorde-se da parte em que a inércia do devedor implicaria na fixação judicial dos alimentos, no valor requerido pelo autor. Nessa seara, a revelia do alimentante não gera, por si só, a fixação dos alimentos no valor pleiteado, já que estes devem ser fixados a partir do binômio alimentar.¹⁹⁹

¹⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 587-588.

¹⁹⁹ TJRS, Ap. nº 70062799010, 8ª Câmara Cível, Rel. Dr. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015.

Outra observação é que a inversão da prova e a distribuição dinâmica da prova constituem diferentes modalidades de mudança da regra geral do ônus probatório, embora Dias tenha tratado-as como sinônimas.

Pois bem, expostas todas as variáveis, tem-se que, em razão do direito material em jogo, o surgimento da obrigação alimentar contenta-se com a prova apenas do parentesco ou da obrigação alimentar (art. 2º, *caput*, da LA).

Como as ações de alimentos obedecem a um procedimento especial, apenas supletivamente se aplicam as disposições do Código de Processo Civil (art. 27, da LA). Por ser assim, o art. 2º, *caput*, da LA, afasta a aplicação do art. 333, I, do CPC, no que diz respeito à prova da capacidade contributiva do réu pelo alimentando.

Pode-se falar, então, em uma inversão legal quanto ao ônus da prova em ação de alimentos, sendo esse o posicionamento aqui adotado, em consonância com os princípios do devido processo legal e da adequação do procedimento.

Com base nas lições de Rodrigo Xavier Leonardo, transmite Giorgis²⁰⁰ que “as hipóteses legais de inversão costumam ser construídas pelo legislador a partir do reconhecimento de que, em alguns casos, imputar a integralidade da prova dos fatos constitutivos ao autor é o mesmo que negar, na prática, a tutela de seu direito.”

Aproveitando tal ensinamento, é possível concluir que a inversão mostra-se inata à demanda de alimentos, diferentemente do que ocorreria se fosse utilizada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, cuja aplicação é excepcional e depende de decisão do magistrado.

Outrossim, caso não houvesse a inversão, bastaria ao réu negar a possibilidade em arcar com a pensão alimentícia, e então caberia ao autor a difícil prova da capacidade contributiva do alimentante. Isso porque, na defesa de mérito direta, “Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretendo direito. *Actore non probante absolvitur réus.*”²⁰¹

²⁰⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Prova Dinâmica no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 11, p.18-37, ago.-set./2009, p. 23.

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 462. Na mesma linha, Neves afirma: “Em relação ao réu, também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor. Naturalmente, se desejar, poderá tentar demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas pelo autor por meio da produção probatória, mas, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor

4. 3 O ÔNUS DA PROVA NA AÇÕES DE ALIMENTOS DIRIGIDAS CONTRA OS AVÓS

Em regra geral, a obrigação alimentar não é solidária, mas divisível. A solidariedade não se presume, só podendo resultar da lei ou da vontade das partes (art. 265, do CC).

Se fosse solidária, havendo mais de um credor, ou mais de um devedor, cada qual teria direito de receber a dívida toda ou a obrigação de pagá-la por inteiro, respectivamente, nos termos do art. 264, do CC.

Diferentemente, a obrigação de alimentos possui caráter personalíssimo, ou seja, destina-se a garantir uma vida digna a determinada pessoa. No máximo, fale-se das prestações *intuitu familiae*, que são aquelas fixadas em montante único e pagas no benefício comum, sem a individualização do quanto cabe a cada alimentando. Nesses casos, Dias²⁰² explica que, como o crédito é em prol de todos, cada um tem legitimidade para a cobrança da integralidade de seu valor.

Além disso, não há solidariedade passiva: faz-se mister a obediência da ordem legal de preferência dos devedores; e, havendo mais de um obrigado (parentes de mesmo grau, respeitada a gradação das classes de parentesco), será feita a divisão *pro rata* (proporcional) do pagamento dos alimentos entre aqueles que, porventura, possuam meios materiais de suportar a obrigação.

Em resumo, “os alimentos constituem obrigação derivada do princípio da solidariedade, mas não é *obrigação solidária*”.²⁰³

Haja vista a preocupação de não ferir a dignidade da pessoa do devedor, mediante a condenação ao pagamento de pensão, quando este não apresenta capacidade contributiva, ou através de fixação em valor exagerado, os alimentos podem ser pleiteados de forma subsidiária e complementar.

comprove a veracidade de tais fatos. Nesse caso, entretanto, a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 388.

²⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 577.

²⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379.

No caso concreto, é possível que o reclamado não tenha qualquer condição financeira de fornecer alimentos, sem desfalque do necessário ao seu sustento (art. 1.695, do CC). Por esta razão, não deverá ser constituído em dívida e, então, o reclamante continuará a busca pelo pensionamento em face dos obrigados que seguem a ordem de preferência, de forma subsidiária.

Em outra hipótese, o reclamado possui alguma capacidade de prestar os alimentos, todavia, suas possibilidades são inferiores às necessidades do credor. Para a complementação, este dirigirá a sua pretensão também contra os obrigados mais remotos e haverá o rateio do débito alimentar, em respeito às possibilidades dos codevedores. É o que prevê o art. 1.698, primeira parte, do CC:

Os fenômenos da subsidiariedade e complementariedade são tratados por Diniz²⁰⁴ do seguinte modo:

A possibilidade econômica do alimentante é pressuposto essencial da obrigação de prestar alimentos (CC, art. 1.694, § 1º, *in fine*), pois ele só deverá cumprir seu dever sem que haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento. Injusto seria sacrificá-lo, fazendo com que passe por privações, para socorrer parente necessitado, tanto mais que pode existir parente mais afastado que esteja em condições de cumprir tal obrigação alimentar sem grandes sacrifícios. Assim, não se deve afirmar que os mais próximos excluem os mais remotos, porque embora haja um parente mais chegado, o mais distante poderá ser compelido a prestar pensão alimentícia, se aquele não tiver condições de fornecê-la (RT, 418:180, 773:333, 771:345). E, se o parente mais próximo não puder suportar totalmente o encargo alimentício, possível será pleitear *alimentos complementares* (RT, 776:318) de parentes de grau imediato. Não há solidariedade, pois, se, p. ex., o pai só puder arcar com 70% do *quantum* da pensão, o avô do alimentando contribuirá com 30%. A participação deste se dá em caráter complementar. O reclamante poderá investir contra o avô apenas se seu pai não tiver condições de suportar o encargo integralmente.

Excepcionalmente, e por força de lei (art. 12, do Estatuto do Idoso), a obrigação alimentar é solidária quando o credor é idoso.

Na opinião de Farias e de Rosenvald²⁰⁵, o dispositivo é de duvidosa constitucionalidade no caso concreto (não em abstrato), em face da possibilidade de violar a prioridade absoluta e a proteção integral dispensadas à criança e ao

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1308.

²⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 711-712. Seguindo a mesma lógica, Dias expõe: “Assegurada a solidariedade com relação ao idoso, não há como deixar de invocar tal princípio, ao menos em se tratando de obrigação em favor de **crianças e adolescentes**. Todos merecem especial atenção do Estado, não havendo como estabelecer diferenciações sem esbarrar no primado da igualdade. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 570).

adolescente (art. 227, CF). Como solução propõem que: ou não existe solidariedade para todas as obrigações alimentícias, ou a solidariedade se estende às obrigações infanto-juvenis.

Apesar do forte argumento, imagine-se a aplicação da solidariedade também em prol das crianças e dos adolescentes.

Provavelmente, haveria a multiplicação das ações alimentícias ajuizadas em face dos avós, enquanto os genitores estariam se evadindo do dever de sustento dos filhos, fato que, corriqueiramente, acontece, mesmo com a previsão da medida coercitiva de prisão civil por dívida alimentar.

Seria o mesmo que atribuir a obrigação direta dos avós pela manutenção dos netos, enquanto os pais - descompromissados - estariam em confortável situação. A nosso ver, uma notável injustiça.

Em relação ao idoso, a manutenção da benesse é aconselhável, pois não implica nesses inconvenientes práticos.

Nesse contexto, o Enunciado 342, da IV Jornada de Direito Civil²⁰⁶, dispõe: *“Art. 1.695: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores”*.²⁰⁷

Consoante Dias²⁰⁸, apesar da existência de uma ordem de obrigados, é cabível a propositura da ação em desfavor do pai e do avô, simultaneamente. Assim, forma-se um litisconsórcio passivo facultativo sucessivo, que privilegia o princípio da economia processual. Se, durante a instrução, for comprovada a impossibilidade do genitor, reconhece-se a responsabilidade avoenga. Frise-se que a cumulação da

²⁰⁶ Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 11 de mar. 2015.

²⁰⁷ Conforme a jurisprudência (2º Gr. do TJRJ, 25.02.1987, maioria, *Rev. de Direito* 3/237), quando os avós prestam alimentos complementares, eles assumem encargo excepcional e transitório, já que não deve ser estimulada a inércia ou acomodação dos pais. CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 463.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 564. A autora cita o julgamento com a seguinte referência: TJRS, AI 70034617324, 7ª C. Cív., Rel. José Conrado Kurtz de Souza, j. 23/06/2010).

ação intentada contra genitores e progenitores tem importante repercussão prática, pois assegura a obrigação desde a data da citação.²⁰⁹

Postas estas premissas, nas ações de alimentos dirigidas contra os avós, o encargo probatório do alimentante sofre um *plus*, pois também terá que provar a falta ou da impossibilidade econômica, parcial ou total, dos genitores (devedores primários) para a prestação dos alimentos.²¹⁰

No tocante à *falta do parente mais próximo*, entenda-se a expressão em sentido amplo, englobando a morte, a declaração judicial de ausência, e “identicamente, a relutância em pagar, o desaparecimento injustificado do devedor ou mesmo o reiterado atraso no pagamento dos alimentos, prejudicando a subsistência do alimentando.”²¹¹

Pelo magistério de Pontes de Miranda²¹², tem-se que, na escala de devedores de alimentos, o parente que seria obrigado pode estar impossibilitado, ou aquele que os presta pode não ter mais como fazê-lo, acarretando a obrigação de quem venha após. “O ônus da prova de que se dá uma dessas espécies toca, aí, ao alimentando, porque está inclusa na afirmação de necessidade a alegação de faltar o legitimado passivo anterior na escala.”

²⁰⁹ Acirrada discussão gira em torno da definição do pólo passivo na obrigação alimentar avoenga. Para uma corrente, há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos (STJ, REsp 958.513/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 22/02/22). De outra banda, existiria litisconsórcio facultativo ulterior simples (TJRS, Ap. nº 70059961219, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30/10/2014).

²¹⁰ Prevê a Conclusão n. 44 do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “**A obrigação alimentar dos avós é complementar e subsidiária à de ambos os genitores, somente se configurando quando pai e mãe não dispõem de meios para prover as necessidades básicas dos filhos.** Justificativa: O artigo 1.696 do Código Civil dispõe que a obrigação alimentar recai nos parentes “mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Portanto, para que se configure a obrigação dos ascendentes mais remotos, é necessário que reste demonstrada a impossibilidade de todos os mais próximos em suportar o encargo alimentar. Somente se passa de um grau para o outro quando esgotada a possibilidade de todos os parentes daquele grau mais próximo. Nestas condições, somente se viabiliza a postulação de alimentos contra os avós quando o pai e a mãe não possuem condições de arcar, mesmo individualmente, com o sustento dos filhos. PRECEDENTES: AC 70004359915 (7ª. C. Cível), AC 70002611713 (7ª. C. Cível).”

²¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito das famílias. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 747.

²¹² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Direito de família, direito parental, direito protectivo. Tomo IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 306-307.

Nesse pórtico, insta transcrever o seguinte aresto:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. PRESSUPOSTOS. POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA.**

1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.

2. O desemprego do alimentante primário - genitor - ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este.

3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós.

4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC.

5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ.

6. Recurso não provido. (STJ, REsp 1211314/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/09/2011) (Grifo nosso)

No julgamento acima, a Ministra Relatora, cujo voto foi seguido, à unanimidade, entendeu pela não comprovação da impossibilidade do genitor em prestar alimentos aos filhos menores, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), que, em sede de Agravo de Instrumento, havia confirmado a não fixação de alimentos provisórios a serem pagos por avó.

Pelo recurso especial, deixou-se de apreciar o ônus da prova relativa à capacidade da avó em prestar os alimentos, diante da ausência do requisito já examinado (impossibilidade financeira paterna) e da afirmação do TJ/SP de que a avó demonstrou a própria incapacidade de prestar os alimentos, sendo vedado o revolvimento de matéria fática em recurso especial. A Relatora destacou que a prova pré-constituída dos ganhos da avó dos menores foi apontada, pelo TJ/SP, como o segundo elemento necessário para configuração da obrigação alimentar avoenga.²¹³

²¹³ Mediante apelação cível, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo também se posicionou no sentido de que cabe ao alimentando comprovar a capacidade econômica dos avós em prestar os alimentos. Conforme trecho do voto condutor proferido pelo Des. Arnaldo Santos Souza, tem-se que: "Ademais, mesmo que estivesse claramente comprovado a impossibilidade do genitor da apelante em prestar alimentos, não vejo como prosperar a pretensão recursal, uma vez que a recorrente não logrou provar que os apelados poderiam arcar com o seu sustento". Em sede de recurso especial, deixou-se de realizar a análise da possibilidade financeira dos avós, pelo óbice da Súmula n. 7/STJ. (STJ, REsp 576.152/ES, Quarta Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. 08/06/2010)

Refletindo, para fins de fixação dos alimentos provisórios (art. 4º, *caput*, da Lei nº 5.478/68²¹⁴), que se dá no início do processo, mediante juízo de cognição perfunctória, mostra-se defensável que caiba ao autor a demonstração, ao menos verossímil²¹⁵, da possibilidade de seus progenitores. Afinal, na obrigação avoenga os devedores são, frequentemente, pessoas idosas (grupo social vulnerável), e tal fato exige maior cautela do Juiz na apreciação do pedido de alimentos.

Destarte, observe-se a ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 311138-2, DE LONDRINA - 2ª VARA DE FAMÍLIA. AGRAVANTES: S. K.; N. K.. AGRAVADO: V. A. K.. RELATOR: DES. COSTA BARROS. DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - AVÓS - RESPONSABILIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROVISÓRIA - VALOR CONDIZENTE - DEMONSTRAÇÃO, AINDA QUE SUPERFICIAL, DO NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE ALIMENTAR PELO GENITOR - **AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE IMPOSSIBILIDADE DOS AVÓS EM ARCAR COM A QUANTIA ESTABELECIDADA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA** - MANUTENÇÃO DO DECISUM - AGRAVO IMPROVIDO. É assente a responsabilidade dos avós em prestar alimentos ao neto quando o genitor não tem condições de suprir estas necessidades, especialmente, quando demonstrada, *prima facie*, o não cumprimento do dever imposto ao obrigado. O valor fixado atende a equidade e não ofende a razoabilidade, sendo certo que o aprofundamento na questão do binômio necessidade/possibilidade carece de maior dilação probatória, quando então se auferirá da procedência ou não da demanda. **Nesta fase, demonstrada, ainda que superficialmente, a necessidade e a possibilidade, a decisão recorrida deve ser mantida, pensando-se, em primeiro lugar, no bem estar do alimentado.** (TJPR, AI nº 311138-2, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Costa Barros, j. 01.02.2006) (Grifo nosso)

Data vênia, tratando-se dos alimentos definitivos, os réus/avós já exerceram o contraditório e a ampla defesa, tendo usufruído da oportunidade de serem ouvidos em juízo e de produzirem provas acerca das alegações de sua capacidade contributiva. Nesse estágio de instrução processual, não há razão evidente para impor ao alimentando o ônus de demonstrar a possibilidade dos avós.

²¹⁴ Art. 4º As despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

²¹⁵ Em atualização de obra de Pontes de Miranda, Rosa Maria de Andrade Nery dispõe: “A segurança do julgamento será tanto maior, quanto mais oportunidades tiverem as partes de fazer as provas de suas alegações, pelo que a ação de alimentos e de revisão de alimentos, como é curial, deve ser sempre inspirada pelo princípio da ampla defesa e do devido processo legal, podendo o juiz se servir de todos os meios de prova que permitam o seu juízo completo acerca dos elementos que podem influenciar sua decisão”. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Direito de família, direito parental, direito protectivo. Tomo IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 334).

Em crítica, Silva e Salvagni²¹⁶ mencionaram caso julgado²¹⁷ relativo, inclusive, a alimentos definitivos, no qual se considerou que o pleito dirigido contra avó deve vir acompanhado de: 1) prova da necessidade do alimentando, dispensada se esse for menor de idade; 2) prova da impossibilidade daquele que, na ordem legal, seria o obrigado a prestar alimentos; e 3) prova da possibilidade do alimentante.

Em sendo assim, caminha bem a jurisprudência quando assume o entendimento de que, nas ações de alimentos cujo polo passivo é ocupado pelos avós, pertence ao réu o ônus de provar a impossibilidade de pagar a verba arbitrada. Vejam-se os julgados abaixo:

APELAÇÃO. ALIMENTOS AVOENGOS. FIXAÇÃO E VALOR. ADEQUAÇÃO. Pai que não cumpre com sua parte no dever de pagar o percentual que lhe cabe no que diz com os alimentos ao filho. Mesmo sendo réu em execução nada paga, inclusive porque sequer é localizado para ser citado naquele processo Mãe que, como guardiã da criança, presuntivamente atende ao seu compromisso para com o filho com extrema dificuldade, posto que é copeira e auferir remuneração inferior a um salário-mínimo. Viável concluir-se que a falta dos alimentos devidos pelo pai projeta a necessidade da alimentada receber alimentos dos avós, já que comprovadamente a mãe não consegue suprir sozinha as necessidades básicas e as despesas da filha. **Avó paterna que alega impossibilidade de pagar alimentos à neta, mas não faz nenhuma prova de sua alegada impossibilidade, ônus que lhe incumbia integralmente. Sentença que apenas torna definitivo o valor fixado de forma provisória**, mediante decisão contra a qual a avó, na oportunidade, não recorreu. Hipótese de manutenção da obrigação fixada pela sentença contra a avó, e do valor estabelecido em definitivo pela sentença. NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS, Ap. nº 70058737818, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 24/04/2014) (Grifo nosso)

CONSTITUCIONAL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. ARGUIÇÃO QUE FOI REJEITADA POR DECISÃO PRESENTE NOS AUTOS E QUE NÃO FOI OBJETO DE RECURSO. MATÉRIA PRECLUSA. GENITOR DO ALIMENTANDO QUE ESTÁ EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO. **OBRIGAÇÃO ALIMENTAR IMPOSTA AOS AVÓS PATERNOS. PERMISSIVO LEGAL CONTIDO NOS ARTS. 1.696 E 1.698 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGADO COMPROMETIMENTO DE SUAS RENDAS COM A ASSISTÊNCIA FINANCEIRA FORNECIDA A OUTROS QUINZE NETOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE TAL CIRCUNSTÂNCIA E DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DESTES EM RELAÇÃO AOS APELANTES. MONTANTE ADEQUADO A GARANTIR O RESPEITO AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJRN, Ap. nº 2009.011606-3, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Vivaldo Pinheiro, j. 22/04/2010) (Grifo nosso)

²¹⁶ SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 943, maio 2014. p.177.

²¹⁷ TJMG, Ap. nº 1.0685.07.003698-1/001, 1ª Câmara Cível, Relª Desª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 10/02/2009.

Em mais uma nuance na fixação dos alimentos avoengos, aponta-se que os filhos devem gozar da condição social e financeira dos pais, aos quais cabem o dever de sustento, e não dos avós, obrigados apenas de maneira subsidiária. Assim, se “a avó paterna deve pagar alimentos à sua neta, veja-se que o complemento deve se dar ao estritamente necessário para garantir a sobrevivência da infante, e não para usufruir de um padrão de vida que seus pais não possuem”.^{218 219}

4.4 A TEORIA DA APARÊNCIA

A conduta do alimentante que não colabora com instrução processual, deixando de colacionar aos autos elementos capazes de demonstrar sua condição financeira, acaba, por óbvio, dificultando a tarefa de fixação do *quantum* alimentar razoável pelo Magistrado.

Nesse panorama, aquele se expõe a medidas excepcionais, como a quebra do sigilo bancário e fiscal e a consulta ao Renajud, comumente pleiteadas pela parte contrária. Nesse ponto, a inércia do devedor em comprovar a sua alegação de restrita capacidade contributiva (ônus que lhe cabe) cede espaço à aplicação da teoria da aparência.²²⁰

²¹⁸ TJBA, Ap. nº 0001282-58.2009.8.05.0191, 5ª Câmara Cível, Relª Desª Sílvia Carneiro Santos Zarif, j. 31/07/2012. No mesmo sentido, a ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. Comprovado que o genitor não tem condições de suportar o encargo alimentar do filho menor, é cabível demandar o avô paterno para complementar os alimentos. **A responsabilidade dos avós, por ser subsidiária e complementar, não é igual a dos pais, limitando-se a atender as necessidades básicas da criança.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, Ap. nº 70016508889, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 28/09/2006) (Grifo nosso)

²¹⁹ No julgamento, pelo TJRS, da Apelação Cível Nº 70015127970, 8ª Câmara Cível, j. 25/05/2006, o Relator Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, fundamentou “é importante salientar que os filhos não têm direito ao padrão de vida que os avós poderiam lhes proporcionar, mas sim ao que o pai e a mãe possuem, salvo quando estes efetivamente não dispõem da mínima condição de fornecer vida digna ao filho, enquanto os avós disponham de amplos recursos”. A sua vez, o Revisor Des. Rui Portanova pronunciou: “Antes de mais nada, gostaria de esclarecer que tenho dificuldade de concordar com um argumento utilizado no voto e que - reconheço - vem sendo usado pela maioria dos julgadores do Grupo. Estou me referindo ao tema referente à necessidade de a parte alimentada ter que viver a situação financeira de seus pais. Não se pode perder de vista que os alimentos avoengos são suplementares ou complementares. Ora, de logo já se vê, se é essa a condição para os avós pagarem alimentos aos netos, então desimporta quanto ganham os pais. O que importa é que os alimentados necessitam complementação ou subsidiariedade dos alimentos dos avós. Meu temor em relação ao tal argumento fulcra-se no fato de que - por exagerado que seja o argumento - se os pais viverem a pão e água essa será a vida dos pais que os alimentados terão que viver. Logo, nada poderão buscar para complementar ou subsidiariamente dos avós.”

²²⁰ TJDF, Ap. nº 20120111994908, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Teófilo Caetano, j. 06/08/2014.

A postura omissa do obrigado tem efeitos processuais nefastos, sobrecarregando a atividade do juiz, que demandará maior esforço para aferir as reais possibilidades do devedor, segundo os sinais exteriores de riqueza.

A determinação de várias diligências tendentes a descobrir a verdade real acaba prejudicando a celeridade processual, ao mesmo tempo em que são imprescindíveis, pois se o julgador fixa alimentos bem abaixo das possibilidades do alimentante, em face da deficiente instrução processual causada por este, o processo deixa de ser instrumento ao acesso à justiça. O alimentando não encontra no Judiciário a devida proteção ao direito que lhe é proclamado, enquanto a parte contrária se beneficia da própria torpeza.

Como observa Venosa²²¹, nem sempre será fácil dimensionar as condições de fortuna do devedor, sendo frequente, p. ex., que o marido ou pai, prevendo o ajuizamento da ação, simule seu patrimônio, encubra bens e se apresente em juízo como um “pobre eremita”.

Do ponto de vista do credor de alimentos, este também é assoberbado em razão do comportamento desinteressado do alimentante em provar renda e patrimônio próprios. O alimentando assume porque não dizer mais um “ônus”, envidando inúmeros esforços para trazer ao conhecimento do juiz as circunstâncias aparentes de vida da outra parte. Na verdade, tem receio de que o alimentante, ludibriosamente, convença o juiz de capacidade contributiva inferior à realidade.

Por exemplo, o alimentário carrega ao feito as fotos do ano e modelo de carro, da residência, dos imóveis alugados, das empresas, das viagens e lugares frequentados pelo alimentante, e nesse contexto as publicações em redes sociais são bastante utilizadas. Também é comum a genitora que detém a guarda física narrar todas as atividades e gastos que genitor realiza, por ocasião das visitas, alegando a melhor condição deste e a discrepância do padrão de vida do filho, a depender se está na companhia do pai ou da mãe.

Aqui é importante fazer uma observação. Nas ações de alimentos a cognição do Magistrado está voltada à avaliação do binômio necessidade-possibilidade; e como este é o destinatário das provas, as partes têm que persuadi-lo.²²² A teoria da

²²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 416.

²²² “Os sinais exteriores de riqueza que autorizam o Magistrado a superar a prova documentada nos

aparência será adotada como fundamento da sentença somente se forem verossímeis as alegações, pelo autor ou pelo réu, da capacidade econômica gozada pelo alimentante.

Consequentemente, entende-se porque o alimentante que não se desincumbiu de provar sua impossibilidade em pagar a quantia de alimentos fixada pode ser, ao final, condenado ao pagamento de pensão alimentícia em montante inferior ao postulado. Nesse ínterim, cite-se o seguinte julgamento:

CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. ALIMENTOS. MAJORAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. TRABALHADOR AUTÔNOMO. TEORIA DA APARÊNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O dever dos pais de prestarem alimentos aos filhos tem fundamento no artigo 229 da Constituição Federal, o qual determina que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”, fornecendo-lhes assistência material e moral a fim de prover as suas necessidades com alimentação, vestuário, educação e com tudo o mais que se faça imprescindível à sua manutenção e sobrevivência.

2. Além da previsão constitucional, o artigo 1.694 do Código Civil estabelece que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir alimentos uns dos outros, conforme a necessidade para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, explicitando o § 1º do referido artigo, que os alimentos devem ser fixados, na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

3. Diante da ausência de prova da possibilidade de o apelado alimentante pagar alimentos ao apelante alimentando, em percentual superior ao fixado na sentença, não há como majorá-los ao percentual dos 25% pleiteados, mostrando-se consentâneo, o montante estabelecido em 12,75% do salário mínimo vigente, ao atendimento das necessidades de alimentação, educação, saúde, vestuário e, se possível, de lazer do alimentando, como bem fundamentou o Juiz na sentença.

4. Se o apelado alimentante é trabalhador autônomo e não é possível quantificar com exatidão sua renda, as partes não trouxeram aos autos, elementos suficientes para provar que o apelado ostenta sinais exteriores de riqueza, aptos a demonstrar que o padrão de vida dele é incompatível com a impossibilidade econômica alegada e com a hipossuficiência declarada nos autos, não há como aplicar a teoria da aparência para majorar os alimentos fixados na sentença recorrida.

5. Recurso conhecido e não provido. *Destaquei.* (TJDFT, Ap. nº 20100910055309, 3ª Turma Cível, Rel. Des. João Batista Teixeira, j.16/02/2011) (Grifo nosso)

autos devem ser bem mais contundentes que frágeis ilações, sob pena de impor ao alimentante um encargo insuportável, fomentando a inadimplência que, além de levar ao cerceamento de sua liberdade, mostra-se desinteressante aos alimentandos, que podem vir a sofrer com a aludida inadimplência.” (TJSC, Ap nº 2014.067892-3, Quinta Câmara de Direito Civil, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 15/12/2014)

Sobre o tema, mire-se Enunciado aprovado na VI Jornada de Direito Civil:

ENUNCIADO 573 - Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

Artigo: 1.694, § 1º, do Código Civil

Justificativa: De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento do direito a alimentos está intrinsecamente relacionado com a prova do binômio necessidade e capacidade, conforme expresso no § 1º do art. 1.694 do Código Civil. Assim, está claro que, para a efetividade da aplicação do dispositivo em questão, é exigida a prova não só da necessidade do alimentado, mas também da capacidade financeira do alimentante.

Contudo, diante das inúmeras estratégias existentes nos dias de hoje visando à blindagem patrimonial, torna-se cada vez mais difícil conferir efetividade ao art. 1.694, § 1º, pois muitas vezes é impossível a comprovação objetiva da capacidade financeira do alimentante.

Por essa razão, à mingua de prova específica dos rendimentos reais do alimentante, deve o magistrado, quando da fixação dos alimentos, valer-se dos sinais aparentes de riqueza. Isso porque os sinais exteriorizados do modo de vida do alimentante denotam seu real poder aquisitivo, que é incompatível com a renda declarada.

Com efeito, visando conferir efetividade à regra do binômio necessidade e capacidade, sugere-se que os alimentos sejam fixados com base em sinais exteriores de riqueza, por presunção induzida da experiência do juízo²²³, mediante a observação do que ordinariamente acontece, nos termos do que autoriza o art. 335 do Código de Processo Civil, que é também compatível com a regra do livre convencimento, positivada no art. 131 do mesmo diploma processual.

Segundo Cahali²²⁴, o juiz deve se conduzir de modo cauteloso, usando adequadamente as “regras de experiência”. Contudo, desaconselha que o magistrado por si mesmo realize iniciativas exteriores ao feito, como a procura pessoal ou telefonema para o escritório ou consultório do profissional alimentante, mediante a simulação de marcação de consulta, investigando o preço cobrado por ela e as atividades paralelas.

²²³ “As máximas de experiência são conhecimentos adquiridos pelo juiz ao longo da vida e da sua experiência profissional e social. Estão fundadas no que normalmente acontece e têm caráter geral. Exemplo: sabe-se que a pessoa que dirige em dia chuvoso deve reduzir a velocidade e guardar uma distância maior do carro que lhe segue à frente. [...] Além do conhecimento comum, do que ordinariamente acontece, também constituem máximas de experiência os conhecimentos técnicos acessíveis às pessoas em geral e que dispensam a realização de prova pericial. Os cálculos básicos de aritmética, as noções elementares de ciência (por exemplo, saber a temperatura de solidificação e ebulição da água) podem ser considerados exemplos.” GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 417.

²²⁴ Vide julgamento mencionado: STJ, 3ª Turma, 12/03/1996, *RSTJ* 89/199. CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 509.

De outra banda, o julgamento baseado nos sinais exteriores de riqueza não quer dizer, necessariamente, que o alimentante está escondendo suas reais condições financeiras, pois existem situações em que é difícil para ele fazer tal prova.

Pode-se dizer que a jurisprudência possui “inescondível simpatia pela incidência da tese”, sendo que sua utilização é recomendada sempre que exista dificuldade em apurar a capacidade contributiva do devedor ou quando há uma incongruência entre a capacidade comprovada e aquela que se ostenta no meio social. Segundo Rolf Madaleno²²⁵, a teoria incide, usualmente, nas situações em que o alimentante é empresário, profissional liberal, autônomo ou até quando se apresenta como suposto desempregado, mas existe descompasso entre a carestia alegada pelo devedor e o seu *status* social.

Exemplificando o uso da teoria da aparência, veja-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - BEM ADQUIRIDO APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO - EXCLUSÃO DA COMUNHÃO - ALIMENTOS - PODER FAMILIAR - PROPORCIONALIDADE - CAPACIDADE ECONÔMICA - PARÂMETROS - VALOR OFERECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO ALIMENTANTE, PATRIMÔNIO E DESPESAS MENSAS - **TEORIA DA APARÊNCIA** - MAJORAÇÃO - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. **2. A Teoria da Aparência autoriza ao julgador utilizar como parâmetro para a fixação do encargo alimentar quaisquer sinais que denotem a existência de capacidade econômica.** 3. Devida a majoração dos alimentos fixados em favor dos dois filhos menores de 40% para 60% do salário mínimo, em observância ao trinômio proporcionalidade-possibilidade-necessidade, considerando que o próprio alimentante ofereceu voluntariamente valor superior ao que foi fixado na sentença monocrática, e tendo em vista ainda que não possui gastos com moradia, é proprietário de veículos automotores e custeia tratamento médico de sua genitora. 4. Recurso a que se dá parcial provimento, para reformar em parte a sentença recorrida. (TJMG, Ap. nº 1.0105.10.003400-5/001, 5ª Câmara Cível, Relª Desª Áurea Brasil, j. em 01/12/2011) (Grifo nosso)

Tomando por base as lições de Arenhart e Marinoni (item 3.2), atinentes ao ônus da prova como regra determinante da formação do convencimento judicial, pode-se concluir que, nas ações de alimentos, a circunstância de o alimentante omitir ou distorcer suas reais condições financeiras ou a impossibilidade de aferir com precisão a capacidade contributiva do devedor exigem que o convencimento do

²²⁵ Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 782-783.

juiz se dê com base na verossimilhança, a qual não se confunde com a certeza tampouco com dúvida.

Enfim, nesses casos, a verossimilhança é o convencimento que basta para a decisão judicial.

5 CONCLUSÃO

Na concepção atual, a estrutura familiar é visualizada sob o ângulo da valorização de cada indivíduo que a compõe, configurando-se como o espaço no qual o homem desenvolve sua personalidade. Constitui, portanto, um meio para a realização pessoal de seus membros.

Haja vista a noção instrumental da família à luz da dignidade da pessoa humana, surgiu a necessidade de investigar o significado desse princípio.

Na pesquisa, apurou-se a visão de Sarlet, e dos seus ensinamentos destaque-se que a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida em dupla dimensão: a negativa (defensiva) e a positiva (prestacional). Por essa última, exige-se um agir dos órgãos públicos e da comunidade, em direção à preservação e à promoção da dignidade, pois é possível que o indivíduo não consiga atender sozinho às suas necessidades existenciais básicas.

Outrossim, narrou-se a contribuição de Moraes, que elencou os quatro corolários ou subprincípios da dignidade, são eles: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.

Entre esses, ensina que a integridade psicofísica se identifica com a ampla noção de direito à saúde, ou seja, diz respeito ao completo bem-estar psicofísico e social. Quanto à solidariedade (art. 3º, incs. I e III, ambos da CF), essa se refere ao conjunto de instrumentos destinados a garantir uma existência digna a todos, no âmbito de uma sociedade livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Do exposto pelos dois autores, conclui-se que, à semelhança da noção de família, o conceito de alimentos é fortemente influenciado pela dignidade da pessoa humana. Enquanto, no sentido vulgar, os alimentos equivalem à comida, juridicamente, eles representam as prestações materiais necessárias para o gozo de uma vida digna.

No Direito de Família, a fundamentação dos alimentos repousa, portanto, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar. A estreita ligação dos alimentos com o primeiro é até intuitiva, afinal eles têm por finalidade garantir a proteção do alimentando, nos seus aspectos físico, psíquico e intelectual.

Em relação ao princípio da solidariedade familiar, o mesmo se refere à aplicação da solidariedade social no meio familiar. Nesse contexto, coaduna-se com

a preocupação em relação ao outro, já que todos são dotados de dignidade, conforme as lições kantianas.

De outra banda, é inegável que o Estado impõe o encargo alimentar aos parentes, cônjuges e companheiros (art. 1.694, *caput*, do Código Civil), para se colocar em segundo plano no socorro daquele que precisa de alimentos e, por conseguinte, economizar os cofres públicos.

Assim, tem-se a possibilidade de prisão civil do alimentante em débito (art. 5º, LXVII, da CF); a tipificação do crime de abandono material (art. 244, do Código Penal), a previsão de penhora contida no art. 649, § 2º, do Código de Processo Civil, o teor do art. 14, do Estatuto do Idoso, e a concepção dos alimentos gravídicos como auxílio-maternidade (Cahali) ou subsídios gestacionais (Dias).

Ainda no segundo capítulo, abordaram-se quais são os credores e os devedores de alimentos, para fins de melhor entender como se dá, na prática, o vínculo obrigacional. Aqui merece frisar o posicionamento de Madaleno, para quem as crianças, os idosos e as mulheres são grupos sociais vulneráveis, por isso o juiz, ao atuar nos conflitos familiares, deveria estar atento à proteção desses vulneráveis.

Refletindo sobre o pensamento do jurista, faz-se necessário amenizar a visão de vulnerabilidade das mulheres, diante da igualdade formal entre elas e os homens (art. 5º, inc. I, da CF). Por outro lado, na sociedade ainda existem resquícios da sociedade patriarcal e, portanto, da mulher que depende do cônjuge ou companheiro financeiramente. Enfim, só o caso concreto vai permitir dizer se a mulher necessita da percepção de alimentos para viver dignamente.

Após a análise do seio familiar e do direito aos alimentos, partiu-se para a questão do ônus da prova no direito processual civil.

No processo judicial, as partes não estão obrigadas a produzirem provas das suas alegações, pois se trata de uma faculdade. Entretanto, o desinteresse da parte em cumprir o encargo probatório aumenta-lhe as chances de sofrer uma decisão desfavorável. Se, porventura, a prova produzida pelo outro litigante ou por ordem do juiz é proveitosa para a parte que tinha o ônus de produzi-la, esta última, ainda assim, terá um julgamento favorável.

Normalmente, o ônus da prova é visto como regra de conduta e regra de julgamento. Pela primeira, a norma processual define quais os fatos cada parte deve provar, pela segunda, estabelece-se que, se o juiz permanecer em estado de dúvida

após a instrução do feito, ele decidirá em sentido contrário à parte que não se desincumbiu do ônus de prova.

Ademais, Arenhart e Marinoni trazem o conceito de regra determinante da formação do convencimento judicial. Assim, o ônus da prova (art. 333, do CPC) deve ser atenuado, em face de determinadas situações de direito material. Caberia ao juiz indagar se o objeto que pretende descobrir pode ser integralmente descoberto, caso contrário o seu convencimento poderia se dar com base na verossimilhança, que não se confunde com a certeza tampouco com a dúvida.

A regra estática do ônus da prova encontra previsão no art. 333, incs. I e II, do CPC. Em exceção, tal regramento é modificado pela inversão do ônus da prova, que pode ser classificada em legal, convencional ou judicial, e pela aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Esta se opera por decisão do juiz e está albergada no art. 373, do Novo CPC. (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), o qual entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial, conforme seu art. 1.045.

A teoria encontra respaldo nos princípios do devido processo legal e da adequação do procedimento, entre outros.

O princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) se diferencia do princípio da legalidade, pois aquele não se limita a garantir um processo ordenado e obediente às normas previstas em lei, como destaca Portanova. Nessa seara, Didier destaca o aspecto substancial do princípio, referente ao conteúdo das decisões judiciais, que devem ser razoáveis e corretas.

Em suma, o devido processo legal também se volta a garantir uma decisão justa, havendo a preocupação com a qualidade da tutela jurisdicional.

Por sua vez, o princípio da adequação do procedimento se relaciona com a conformação do processo à efetiva proteção do direito material, no caso concreto. Por exemplo, nas ações de alimentos, cabe indagar se a distribuição do encargo probatório constitui técnica processual idônea a garantir a efetiva proteção do direito à prestação alimentícia.

Postas essas bases, procurou-se examinar a tarefa de fixação judicial do *quantum* alimentar, assunto do quarto capítulo.

A obrigação alimentícia depende da verificação de alguns pressupostos, conforme os arts. 1.694 e 1.695, do Código Civil, são eles: 1) o vínculo familiar de parentesco, ou conjugal ou convivencial; 2) a necessidade do alimentando; 3) a

possibilidade do alimentante de prestar alimentos, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Além desses requisitos, o magistrado deve atentar para a proporcionalidade. Os alimentos devem ser fixados mediante o equilíbrio entre as necessidades do credor e as possibilidades do devedor. Se o alimentante for condenado ao pagamento de alimentos em quantidade superior à sua capacidade contributiva, estar-se-á violando a sua dignidade. E caso a prestação alimentícia seja fixada em quantia inferior às possibilidades do alimentante e às necessidades do alimentando, será a dignidade deste último que estará sendo espezinhada.

Por isso, a estipulação do montante alimentar é atividade complexa e delicada. Nas ações de alimentos, não vigora o princípio da adstrição. Pode o juiz fixar a pensão alimentícia em montante superior ao pleiteado, conforme a apuração das necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante, até porque o pedido é meramente estimativo. Outrossim, a revelia do devedor não gera, por si só, a fixação dos alimentos no valor pugnado, pois, repita-se, a cognição do magistrado se volta a dimensionar o binômio alimentar.

No Brasil, o ônus da prova nas ações de alimentos, infelizmente, conta com contribuição doutrinária de pequeno volume, sendo as lições de Cahali as mais conhecidas. Inclusive, o autor narra o debate da questão pelos juristas estrangeiros.

No direito pátrio, a prova pré-constituída do parentesco, do casamento ou da união estável cabe ao alimentando, conforme o art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.478/68.

Pela jurisprudência, percebe-se que as necessidades do autor/alimentando devem ser provadas por ele mesmo. Sobre o ponto, a regra geral do ônus da prova se amolda à proteção do direito material (art. 333, I, do CPC), não havendo motivo para adequá-la.

Quanto às possibilidades do réu/alimentante é que surgem as discussões. A divergência parte da pergunta: Deveria o alimentando demonstrar a possibilidade do demandado, ou caberia ao alimentante comprovar a ausência ou insuficiência de condições financeiras para prestação de alimentos?

Nas respostas, observou-se uma dupla interpretação ao art. 333, do Código de Processo Civil.

Pela vertente majoritária e apoiada em Cahali, a impossibilidade do réu constitui um fato impeditivo do direito do autor, conseqüentemente, caberia ao primeiro prová-la, na dicção do art. 333, II, do CPC.

Nessa inteligência, está redigida a 37ª Conclusão do Centro de Estudos do TJRS, cuja justificativa enfatiza a dificuldade do requerente em ter acesso a informações seguras sobre os rendimentos do alimentante e a redação do art. 2º, da Lei 5.478/68, que imputa ao autor o encargo de provar apenas a existência do vínculo originador da obrigação alimentar.

Constatou-se que a vertente trata a impossibilidade, em geral, como um fato impeditivo. Todavia, em relação à impossibilidade parcial, que se dá quando o réu alega que só pode pagar alimentos em menor quantia, tem-se um fato modificativo do direito do autor. O alimentante não descarta a obrigação alimentar, mas busca a sua diminuição.

De todo modo, a observação não tem maiores consequências, pois a regra do ônus estático da prova confere ao réu, no caso o alimentante, a demonstração de fato modificativo (art. 333, II, do CPC).

Para a segunda corrente (posição minoritária), a possibilidade do alimentante é fato constitutivo do direito do autor, por ser um dos requisitos da obrigação alimentícia. Assim, caberia ao alimentando a prova, nos termos do art. 333, I, do CPC.

De maneira incipiente, é possível ainda encontrar decisões no sentido de que cabe ao réu o ônus de provar suas condições financeiras (primeira vertente), mas cuja fundamentação invoca a necessidade de modificação da regra geral do ônus da prova, mediante a inversão do encargo probatório ou a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus.

No trabalho, conclui-se que, em razão do direito material em jogo, existe uma inversão legal do ônus da prova (art. 2º, *caput*, da LA), de forma que o surgimento da obrigação alimentar contenta-se com a prova apenas do parentesco ou da obrigação alimentar.

Como as ações de alimentos obedecem a um procedimento especial, apenas supletivamente se aplicam as disposições do Código de Processo Civil (art. 27, da LA). Assim, o art. 2º, *caput*, da LA, afasta a aplicação do art. 333, I, do CPC, no que diz respeito à prova da capacidade contributiva do réu pelo alimentando, em consonância com os princípios do devido processo legal e da adequação do procedimento.

Se não houvesse a inversão, bastaria ao réu negar a possibilidade em arcar com a pensão alimentícia, e então caberia ao autor a difícil prova da capacidade contributiva do alimentante, já que assim ocorre na defesa de mérito direta.

Nas ações de alimentos dirigidas contra os avós, defendeu-se que, do mesmo modo, não há motivo para imputar ao alimentando o ônus de provar as possibilidades financeiras dos devedores.

Em razão da característica divisível, mas não solidária, da obrigação alimentar, o ônus da prova teria que sofrer apenas uma modificação. Assim, cabe ao autor comprovar, além da necessidade (se for maior de idade), a falta ou a impossibilidade econômica, parcial ou total, dos genitores (devedores primários) para a prestação dos alimentos.

Ademais, observou-se que na obrigação alimentícia avoenga o montante dos alimentos vêm sendo fixados com parcimônia, considerando que os filhos deveriam gozar da condição financeira proporcionada pelos pais, e não pelos avós.

Por fim, a utilização da Teoria da Aparência mostra-se cabível, nas ações de alimentos, quando houver dificuldade prática na produção de prova acerca da capacidade contributiva do réu ou nas hipóteses em que o alimentante ostenta, no meio social, uma condição financeira que não condiz com aquela que pretende demonstrar nos autos.

Dessa maneira, não deve haver preconceito quanto à aplicação da referida teoria, naquelas situações. Pode-se inferir que o julgamento baseado nos sinais exteriores de riqueza encontra amparo na ideia exposta por Arenhart e Marinoni acerca da regra determinante da formação do convencimento judicial.

Enfim, é comum encontrar na doutrina a ideia de que o ônus objetivo é mais importante do que o ônus subjetivo, afinal o encargo probatório só é invocado como regra de julgamento, na persistência de dúvidas, após a instrução probatória.

Em alimentos, pode-se dizer que ocorre exatamente o contrário, o ônus subjetivo é mais relevante do que o objetivo. O ideal é que o autor e o réu participem ativamente da produção probatória, para fins da justa fixação de alimentos pelo juiz.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompila.do.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. Enunciado 342, da IV Jornada de Direito Civil. Art. 1.695: Observadas suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não-solidário quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro de seus genitores. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Enunciado 523, da V Jornada de Direito Civil. Art. 1.698: O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil, pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado. . Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Enunciado 573, da VI Jornada de Direito Civil. Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 04 fev. 2015.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 8 jan. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 2 jan. 2015.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 166.720**, de Minas Gerais. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 03 abr. 2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=166720&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 576.152**, do Espírito Santo. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=576152&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 595.746**, de São Paulo. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 15 dez. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=595746&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 06 fev. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 775.565**, de São Paulo. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 26 jun. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=775565&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 958.513**, de São Paulo. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DF, 22 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=958513&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 1211314**, de São Paulo. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 22 set. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1211314&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 25 jan. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 1.290.313**, de Alagoas. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, DF, 07 nov. 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1290313&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Recurso Especial n. 1.388.955**, do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 29 nov. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1388955&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 mar. 2015.

br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1388955&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. **Súmula n. 358.** O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. **Apelação Cível n. 0002373-17.2003.8.03.0009.** Relator: Des. Mário Gurtyev. Macapá, AP, 05 dez. 2008. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml;jsessionid=M8ZOpW2d6F9BihOtxylJxjy.master:ha-server-1>>. Acesso em: 16 jan. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 0007962-67.2010.8.03.0001.** Relator: Des. Raimundo Vales. Macapá, AP, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml;jsessionid=M8ZOpW2d6F9BihOtxylJxjy.master:ha-server-1>>. Acesso em: 24 jan. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 0016028-41.2007.8.03.0001.** Relator: Des. Carmo Antônio. Macapá, AP, 10 set. 2010. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml;jsessionid=M8ZOpW2d6F9BihOtxylJxjy.master:ha-server-1>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 0022071-28.2006.8.03.0001.** Relator: Des. Mário Gurtyev. Macapá, AP, 05 nov. 2010. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml;jsessionid=M8ZOpW2d6F9BihOtxylJxjy.master:ha-server-1>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 0032705-44.2010.8.03.0001.** Relator: Des. Raimundo Vales. Macapá, AP, 03 fev. 2012. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml;jsessionid=M8ZOpW2d6F9BihOtxylJxjy.master:ha-server-1>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 0040895-25.2012.8.03.0001.** Relator: Des. Raimundo Vales. Macapá, AP, 06 ago. 2013. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml;jsessionid=M8ZOpW2d6F9BihOtxylJxjy.master:ha-server-1>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação Cível n. 0001282-58.2009.8.05.0191.** Relatora: Des^a Sílvia Carneiro Santos Zarif. Salvador, BA, 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=0F743C9BF0162ABFEA3DE36A5F97A984.cjs1?nuProcOrigem=0001282-58.2009.8.05.0191>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível n. 20050410088160.** Relator: Des. João Egmont. Brasília, DF, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=273743>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20070310398105.** Relator: Des. Cruz Macedo. Brasília, DF, 1º abr. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=348371>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20070310426279.** Relator: Des. Mario Zambelmiro. Brasília, DF, 11 set. 2009. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=375020>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20080810033209.** Relatora: Desª Nídia Corrêa Lima. Brasília, DF, 09 mar. 2010. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=409343>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20100910055309.** Relator: Des. João Batista Teixeira. Brasília, DF, 05 mai. 2011. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=499173>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20120111994908.** Relator: Des. Teófilo Caetano. Brasília, DF, 20 ago. 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=811779>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20120210045365.** Relatora: Desª Leila Arlanch. Brasília, DF, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=719316>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 20131310044346.** Relator: Des. Luciano Moreira Vasconcellos. Brasília, DF, 17 dez. 2014. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=839661>>. Acesso em: 08 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0024.07.506687-8/001.** Relatora: Desª Heloisa Combat. Belo Horizonte, MG, 16 jan. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.506687-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 1.0027.09.203269-0/001.** Relatora: Desª Ana Paula Caixeta. Belo Horizonte, MG, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&to>>.

talLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0027.09.203269-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 1.0105.10.003400-5/001.** Relatora: Des^a Áurea Brasil. Belo Horizonte, MG, 31 jan. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.10.003400-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 05 mar. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 1.0351.12.004545-2/001.** Relatora: Des^a Heloisa Combat. Belo Horizonte, MG, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0351.12.004545-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 1.0685.07.003698-1/001.** Relatora: Rel^a Des^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, MG, 06 mar. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0685.07.003698-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

_____. **Apelação Cível n. 1.0702.09.654161-1/001.** Relator: Des. Barros Levenhagen. Belo Horizonte, MG, 20 out. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.09.654161-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 18 fev. 2015

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 311138-2.** Relator: Des. Costa Barros. Curitiba, PR, 24 fev. 2006. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1462439/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-311138-2>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível n. 2009.011606-3.** Relator: Des. Vivaldo Pinheiro. Natal, RN, 22 abr. 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 37^a Conclusão do Centro de Estudos do TJRS. Em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/conclusoes.html>. Acesso em: 14 fev. 2015.

_____. 44^a Conclusão do Centro de Estudos do TJRS. A obrigação alimentar dos avós é complementar e subsidiária à de ambos os genitores, somente se configurando quando pai e mãe não dispõem de meios para prover as necessidades básicas dos filhos. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/conclusoes.html>. Acesso em: 14 fev. 2015.

_____. _____. **Agravo de Instrumento n. 70034617324.** Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, RS, 30 jun. de 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70034617324&num_processo=70034617324&codEmenta=3598939&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 597142736.** Relator: Des. Breno Moreira Mussi. Porto Alegre, RS, 06 nov. 1997. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=597142736&num_processo=597142736&codEmenta=116979&temIntTeor=false>. Acesso em: 19 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70013502331.** Relatora: Des^a: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 23 fev. 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70015127970.** Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Porto Alegre, RS, 01 jun. 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70015127970&num_processo=70015127970&codEmenta=1433792&temIntTeor=true>. Acesso em: 03 fev. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70016508889.** Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre, RS, 04 out. 2006. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70016508889&num_processo=70016508889&codEmenta=1593521&temIntTeor=true>. Acesso em: 18 jan. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70058737818.** Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 29 abr. 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70058737818&num_processo=70058737818&codEmenta=5746718&temIntTeor=true>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70059961219.** Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 05 nov. 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70059961219&num_processo=70059961219&codEmenta=6015309&temIntTeor=true>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. _____. **Apelação Cível n. 70062799010.** Relator: Dr. José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, RS, 12 fev. de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi>

%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70062799010&num_processo=70062799010&codEmenta=6151761&temIntTeor=true>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2014.067892-3**. Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves. Florianópolis, SC, 15 dez. 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp?q=20140678923&cat=acordao_&radio_campo=ementa&proladorStr=&classeStr=&relatorStr=&datainicial=&datafinal=&origemStr=&nuProcessoStr=&categoria=acordao#resultado_ancora>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 633.874.4/8**. Relator: Des. Caetano Lagrasta. São Paulo, SP, 05 ago. 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3962246&cdForo=0>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 990.10.147028.4**. Relator: Des. Salles Rossi. São Paulo, SP, j. 13.10.10, segredo de justiça. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2585571/artigo-direito-de-familia-novas-tendencias-e-julgamentos-emblematicos-e-o-estatuto-das-familias-por-caetano-lagrasta>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 990.10.062944-1**. Relator: Des. Caetano Lagrasta. São Paulo, SP, j. 07.04.10, segredo de justiça. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2585571/artigo-direito-de-familia-novas-tendencias-e-julgamentos-emblematicos-e-o-estatuto-das-familias-por-caetano-lagrasta>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. I.

CAMBI, Eduardo. Prova - nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando et al (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família. In: PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Barueri: Manole, 2014.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: Juspodium, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Prova Dinâmica no Direito de Família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 11, p.18-37, ago.-set./2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LAGRASTA, Caetano. **Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos e o Estatuto das Famílias**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2585571/artigo-direito-de-familia-novas-tendencias-e-julgamentos-emblematicos-e-o-estatuto-das-familias-por-caetano-lagrasta>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MADALENO, Rolf. **Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Doutrina.aspx?Id=546>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

_____. O processo civil e a tutela dos vulneráveis no direito de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Direito de família e das sucessões: temas atuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 275-292.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. Direito de família, direito parental, direito protectivo. Tomo IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 61-81, dez./ 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 14, n. 56, p. 11-30, out.-dez./ 2013.

_____. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGRÃO, Theotonio et al. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-35, maio 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIRES, Thiago Magalhães. Princípios e garantias fundamentais do processo civil: comentários ao projeto de Novo Código de Processo Civil. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 65-115, jan.-jun./ 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 943, p. 155-181, maio 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 1.

SILVA, Ovídio A Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Bruna Braga da. Notas sobre a teoria dinâmica do ônus da prova. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 265-282, out.-dez./2012.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princípios+do+Direito+de+Família+Brasileiro+\(1\)](http://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princípios+do+Direito+de+Família+Brasileiro+(1))>. Acesso em: 14 fev. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.