

COLEÇÃO Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Do ônus ao dever de provar

VITOR DE PAULA RAMOS

5^a edição
Revista
e atualizada

2025



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

2

ÔNUS DA PROVA: DAS TENTATIVAS DE AMPLIAÇÃO DO MATERIAL PROBATÓRIO COM A CATEGORIA DO ÔNUS

Postas as premissas que embasam o presente estudo, cumpre, a seguir, verificar a evolução do processo civil na conformação do material probatório, notadamente quanto à repartição das “tarefas” probatórias entre as partes e o juiz.

Antes de qualquer coisa, portanto, verificar-se-á o delineamento tradicional do problema, vendo-se o fenômeno de *provar*¹ como um ônus, que teria dois aspectos: um como

1. Propositamente deixo, aqui, a ambiguidade do verbo *provar*. Posteriormente, nos itens que seguem, abordarei os três sentidos da palavra

regra de julgamento, dirigida ao juiz, e outro como regra de instrução, dirigido às partes.

Após, analisar-se-á como a distribuição estática do ônus da prova passou a mostrar-se insuficiente para a maior obtenção de material probatório, vindo a doutrina a desenvolver as teorias das inversões e dinamizações dos encargos probatórios. Por fim, avaliar-se-á a suficiência e/ou a idoneidade de todas essas ferramentas para o atingimento do objetivo de melhorar a completude do material probatório.

2.1. DOS DOIS ASPECTOS DO ÔNUS DA PROVA

A teorização sobre o ônus da prova ocorrida no início do século XX desenvolveu-se no sentido de reconhecer nesses dois aspectos: uma “regra de julgamento”, aquilo que ficou conhecido como sua “função objetiva”, e uma “regra de instrução”, aquilo que ficou conhecido como sua “função subjetiva”. Analisar-se-á, a seguir, cada um desses aspectos.

2.1.1. Do aspecto objetivo

O aspecto objetivo do ônus da prova representaria a sua função mais clássica, primordialmente ligada ao juiz.² Tal

prova, isto é, a necessidade de diferenciar prova como *elemento*, como *atividade* e como *resultado*.

2. Nesse sentido, PACÍFICO, 2001: 133. LÓPES MIRÓ, 1998: 35. Entretanto, conforme salientado por PONTES DE MIRANDA, 1974: 218, “o ônus da prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante”.

aspecto, portanto, não estaria ligado à atividade das partes, ou estaria ligado a essa exclusivamente de maneira mediata. Isso porque quando entra em jogo o aspecto objetivo do ônus da prova a atividade probatória das partes e do juiz já se encerrou³.

O aspecto objetivo do ônus da prova parte da ideia de que “o juiz não pode usar como fundamento de sua decisão a existência de fatos que não lhe foi demonstrada”⁴. Serve, portanto, como uma “regra de julgamento”, a ser utilizada quando, após a produção das provas pelas partes e após a determinação de ofício pelo juiz (art. 370 do CPC de 2015), permanesse estado chamado pela doutrina de “dúvida”, ou de “impossível esclarecimento”⁵.

Cada parte, num processo judicial, faz as suas alegações; é estabelecido o *thema probandum* (formado pelas alegações de fato relevantes);⁶ são produzidas as provas requeridas pelas partes; são produzidas as provas determinadas de ofício pelo juiz e, caso ainda assim permaneça “não clara” alguma das hipóteses fáticas alegadas pelas partes, o juiz utilizar-se-ia da “regra de julgamento” (aspecto objetivo do ônus da prova) para decidir quem ganha e quem perde a demanda.

3. CARPES, 2017: 40.

4. VERDE, 1974: 118.

5. MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2021: 274. No mesmo sentido, MACÊDO e PEIXOTO, 2016: 80.

6. DE PAULA RAMOS, 2013: 41-61. Entendendo serem objeto de prova as alegações pertinentes, relevantes e controversas, MITIDIERO, 2023: RB-2.3.

Isso porque “ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória”.⁷ E, sintetiza a doutrina: a “dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova”.⁸

2.1.2. Do aspecto subjetivo

O aspecto subjetivo seria dirigido às partes, como uma espécie de “estímulo” dado a elas para que trouxessem ao processo provas.⁹ Seria a tentativa mais clara do sistema de, mediante tal estímulo, fazer com que o material probatório fosse enriquecido.

Uma vez que o sistema aloca, teoricamente, “o ônus da prova sobre aquela parte que, segundo uma regra de experiência, utilizada pelo legislador, est[aria] em sua posse [da prova]”,¹⁰ onerando quem possui a prova, o legislador estaria “influenciando”, “estimulando” ou “incentivando” as partes a levarem provas para o processo, de modo a forrá-lo “com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial”¹¹.

7. SILVA, 2006: 327.

8. MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2021: 512.

9. Nesse sentido, vide MITIDIERO, 2023: RB-2.3. CARPES, 2010: 54. Mais recentemente, CARPES, 2017: 46. MACÊDO e PEIXOTO, 2016: 87.

10. AUGENTI, 1932: 146.

11. MITIDIERO, 2023: RB-2.3.

Partindo da ideia de que o processo lida, via de regra, com versões contraditórias dos fatos (exemplo, alguém alega a ocorrência de dano moral e a parte contrária alega sua inexistência), o legislador incumba a cada uma das partes a tarefa de aportar aos autos provas dos fatos que, caso resultassem provados, lhes beneficiariam.

Assim, imagina-se provavelmente que, estando uma parte incumbida da prova dos fatos constitutivos, e a outra dos impeditivos, modificativos e extintivos, todo o material probatório disponível seria levado a juízo. Caso alguma das partes não procedesse assim, correria o risco de perder a demanda.

Essa faceta do ônus da prova seria, portanto, “uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte”,¹² a *necessidade* criada pelo desejo de obter a vitória do litigante, que faria com que esse se esforçasse para que os meios de provas que lhe auxiliariam no “trabalho de persuasão” fossem efetivamente utilizados na instrução da causa.¹³

A parcela subjetiva do ônus da prova não teria, entretanto, consequências diretas; isso porque, segundo a doutrina majoritária, o “ônus da prova (...) diferentemente dos outros ônus não comporta necessariamente um prejuízo, mas apenas o risco de um prejuízo, tendo em vista que a produção da prova não está diretamente ligada ao resultado favorável, mas apenas à maior chance de convencimento do juiz”.¹⁴ Em resumo, tratar-se-ia de

12. BUZAID, 1963: 7-26.

13. BARBOSA MOREIRA, 1980: 74.

14. A parcela subjetiva do ônus da prova seria, pois, o aspecto mais claramente ligado à ideia de *ônus imperfeito* (que será definida e criticada nos próximos itens). Sobre o tema vide MONIZ DE ARAGÃO, 1985: 98 e ss.

uma espécie de aviso dado pelo legislador às partes, no sentido de que, caso essas não aporem as provas que detêm ao processo, *poderão* sucumbir; em outras palavras, ameaçaria as partes por sua eventual “insuficiente atividade” probatória.

Destarte, e diante disso, o ônus da prova não entraria em cena somente no momento da sentença, mas configuraria uma “regra de instrução”, presente “ao longo de toda a atividade probatória”,¹⁵ cuja finalidade seria justamente informar “o modo pelo qual as partes irão, em linha de princípio, estruturar ou otimizar sua atividade probatória visando a colaborar na formação do juízo de fato e, portanto, evitar a sucumbência”.¹⁶

2.2. DISTRIBUIÇÃO FIXA, INVERSÕES E DINAMIZAÇÕES

Conforme visto, portanto, classicamente o ônus da prova, nos ordenamentos de *civil law*, vinha atribuído partindo o legislador da premissa de que alocaria o ônus sobre a parte que detinha a prova,¹⁷ o que, segundo se acreditava, acarretaria o aumento do material probatório.

A distribuição era feita, portanto, inicialmente de maneira fixa, prévia e abstrata pelo legislador. No caso do Brasil, no Código de Processo Civil de 1973, tal regulação encontrava-se no art. 333, I e II, que previa, como mencionado, que o autor tinha o ônus de provar o fato constitutivo e o réu o ônus de provar o

15. CARPES, 2017: 45.

16. CARPES, 2017: 53.

17. AUGENTI, 1932: 146.

fato impeditivo, modificativo e extintivo. Tal previsão consta, também, do art. 373, I e II, do CPC de 2015.

A doutrina passou a constatar, entretanto, que nem sempre a atribuição abstrata e rígida era capaz de “estimular” efetivamente a parte que detinha a prova; ou que, por vezes, a parte “mais fraca” da relação processual acabava sucumbindo por ter dificuldades na produção da prova que, pela atribuição legal, lhe incumbia.

Em outras palavras, muitas vezes uma prova existia, mas estava sob poder da parte que não era originalmente a onerada, de modo que, para enriquecer o material probatório, seria necessário providenciar outra solução que não a distribuição fixa prevista pelo legislador.

Surgiu, assim, primeiramente, a doutrina da inversão do ônus da prova, ligada principalmente a situações de hipossuficiência de um dos polos, como em casos de *danno da prodotito* (algo que na legislação consumerista brasileira seria chamado de “fato do produto”) e discriminação da mulher.¹⁸

Não sem problemas, pois desde logo se advertia para o “delicado problema”¹⁹ de coadunar a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista na lei com a “vigente disciplina da instrução probatória”,²⁰ “sendo o processo inspirado no princípio da unidade [da prova]”.²¹

18. DENTI, 1992: 713.

19. DENTI, 1992: 713.

20. DENTI, 1992: 713.

21. DENTI, 1992: 713.

No Brasil, a inversão do ônus probatório²² foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, VIII, permitindo o texto legal que essa seja procedida em benefício do consumidor quando o juiz verificar, no caso concreto, haver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência no caso concreto.

Trata-se, segundo a doutrina, de uma “vantagem processual”²³ conferida ao consumidor através de *ato judicial*,²⁴ no sentido de que esse fique dispensado de provar determinado fato, “o qual, sem a inversão, lhe tocaria demonstrar, à luz das disposições do processo civil comum”.²⁵

A mencionada “vantagem processual” teria, ademais, estreita relação com o aspecto subjetivo do ônus da prova. Daí que se dissesse que, “se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, não se assegurará oportunidade para que o fornecedor possa exercer satisfatoriamente o seu direito à prova”.²⁶

A inversão do ônus da prova foi concebida, portanto, como uma tentativa do legislador de, percebendo a insuficiência da

22. A doutrina descreve a inversão do ônus da prova como “as alterações de regras legais sobre a distribuição deste [ônus da prova], impostas ou autorizadas por lei”. DINAMARCO, 2002: 76.

23. BARBOSA MOREIRA, C. 1997: 135 e ss.

24. BARBOSA MOREIRA, C. 1997: 135 e ss.

25. BARBOSA MOREIRA, C. 1997: 135 e ss.

26. CAMBI, 2006: 418. Apesar de vozes na doutrina em contrário (DINAMARCO, 2002: 82-84; PACÍFICO, 2001: 160), entendendo que a inversão poderia ocorrer na sentença, acabou por prevalecer a corrente que sustentava que as partes deveriam ser advertidas dos encargos probatórios que, a partir da inversão, lhes seriam atribuídos, tendo tal posição sido endossada pela jurisprudência do STJ (STJ, REsp 802832/MG, 2.ª Seção, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 21.09.2011).

distribuição estática do ônus da prova, criar uma nova ferramenta para a ampliação do material probatório, com a obtenção de decisões tendencialmente mais justas.

A outra técnica desenvolvida para supostamente tirar “melhor proveito” do ônus da prova foi a da dinamização dos ônus probatórios.²⁷ Tal ideia parte justamente da constatação de que, em muitos casos concretos, a parte encarregada do ônus de provar pelo legislador não detém, em concreto, as melhores condições para tanto (ou, em outras palavras, não detém a prova que lhe incumbiria).

À luz do art. 333 do CPC de 1973, reconhecia a doutrina que os “conceitos de ‘maior facilidade probatória’ e ‘disponibilidade dos meios probatórios’ (...) [eram] as razões de ser últimas (...) do atual mecanismo de repartição dos esforços probatórios”,²⁸ de modo que a manutenção da distribuição estática, quando demonstrada inadequada no caso concreto, acarretaria inconstitucionalidade.²⁹ Ventilava, assim, a doutrina a possibilidade de uma “conformação constitucional do procedimento probatório”,³⁰ mesmo sem necessidade de alteração legal,³¹ para dinamizar o ônus da prova.

Através de decisão judicial,³² portanto, o juiz teria o dever³³ de, no caso concreto, constatando a inconstitucionalida-

27. CARPES, 2010 e CARPES, 2017. DALL’AGNOL JUNIOR, 2001: 92-107.

28. PEYRANO, 2009: 231.

29. CARPES, 2010: 85.

30. CARPES, 2010: 85.

31. CARPES, 2010: 108.

32. CARPES, 2010: 133.

33. CARPES, 2010: 133.

de na distribuição fixa, atribuir os ônus probatórios de maneira diversa daquela prevista na lei, inclusive de ofício,³⁴ lançando mão do postulado normativo aplicativo da razoabilidade.³⁵

Tais debates (sobre a suposta inconstitucionalidade do procedimento por omissão do legislador), entretanto, perderam o objeto no Brasil com o advento do CPC de 2015, que, nos parágrafos do art. 373, adotou expressamente a possibilidade de dinamização do ônus da prova.

O diploma endossou, ainda, os ensinamentos doutrinários, que previam a necessidade de algumas condicionantes materiais e processuais³⁶ para que restasse possibilitada a dinamização. Assim, no § 1.º do art. 373, fala-se em “excessiva dificuldade” probatória e em “maior facilidade em produzir a prova”, aquilo que a doutrina chamava de “posição privilegiada” da parte contrária quanto à produção da prova.³⁷ Da mesma forma, fala-se no mesmo dispositivo sobre a necessidade de que a decisão seja fundamentada, de que haja a correlata oportunidade de provar, e, no § 2.º, de impossibilidade de prova diabólica inversa.³⁸

2.3. BASES TEÓRICAS PARA AS CRÍTICAS

Antes de que se procure demonstrar a insuficiência das teorias tradicionais para providenciar a maior complete

34. CARPES, 2010: 133. A doutrina listava uma série de condicionantes materiais e processuais.

35. CARPES, 2010: 128.

36. MITIDIERO, 2023: RB-2.3.

37. MITIDIERO, 2023: RB-2.3.

38. MITIDIERO, 2023: RB-2.3.

do material probatório, faz-se necessário construir algumas bases teóricas. Nos próximos itens, portanto, far-se-á a distinção entre ônus e dever, a partir da teoria do direito,³⁹ e, posteriormente, indicar-se-ão traços do contexto da processualística quando do desenvolvimento da teorização sobre o ônus da prova.

2.3.1. Distinção entre *ônus* e *dever*

O conceito de *ônus* envolveu ao longo da história diversas propostas teóricas. A primeira *teorização* científica sobre o tema⁴⁰ é devida a BRUNETTI, que, ainda em 1906, afirmava que existem “certas *ações* que o homem que DEVE *realizar* (mesmo que não sejam impostas pela norma jurídica) se quer produzir determinados resultados jurídicos ou evitar outros”.⁴¹

O ponto era supostamente comprovar que quem inadimplia uma obrigação (em sentido estrito, de direito privado) não cometia um ato *contrário ao direito*;⁴² isto é, para ele, o único resultado do inadimplemento da obrigação seria que o “o

39. Apesar de reconhecerem que a “conceituação de ‘ônus’ (...) pertence à teoria geral do direito”, na sequência da seção destinada à conceituação do ônus, Lucas Buril de MACÊDO e Ravi PEIXOTO acabam por deixar de fora de seu escrutínio as obras dos teóricos gerais do direito que escreveram sobre o tema, optando por trabalhar exclusivamente com autores de vertente processualista (MACÊDO e PEIXOTO, 2016: 81). Tal opção, entretanto, não me parece a melhor, uma vez que, por se tratar, em meu entendimento, de fato, de tema afeito à teoria geral do direito, a conceituação do ônus passa inevitavelmente pela análise dos autores da área.

40. A afirmação é de GRAU, 1988: 115; OBERDAN, 1980: 100-110.

41. BRUNETTI, 1906: 405. Os grifos e a caixa alta foram mantidos do original.

42. BRUNETTI, 1906: 416.

credor tem o direito de satisfazer-se sobre seus [do devedor] bens”.⁴³ Essa consequência não seria, portanto, para o autor, um verdadeiro *dever jurídico*, mas sim um “dever juridicamente qualificado” (ou “dever livre”⁴⁴).

O dever juridicamente qualificado vinha definido como “um dever, que não é jurídico, mas tampouco é juridicamente indiferente”.⁴⁵ O inadimplemento da obrigação seria um exemplo de *dever juridicamente qualificado* porque o devedor tem a faculdade de *escolher* entre *executar a prestação e deixar que o credor se satisfaça sobre os bens: ele pode, portanto, não a adimplir* sem cometer ilícito [*urtare*], por tal fato, como ocorreria, por outro lado, se se tratasse de dever jurídico, contra o *direito* e contra a *força do Estado* que acompanha o direito”.⁴⁶

A ideia brunettiana é aprofundada em obra de 1913, passando, então, pela construção das “regras finais”. Tal construção está calcada naquelas que o autor define como “necessidades finais” ou “teleológicas”, como ocorreria, em exemplo seu, na seguinte situação: “se queres chegar logo, deves caminhar rapidamente”.⁴⁷

As necessidades finais diferenciar-se-iam das necessidades absolutas,⁴⁸ portanto, porque nelas não haveria dever absoluto, mas mera subordinação a um “*fim*, que depende da *vontade do*

43. BRUNETTI, 1906: 423.

44. BRUNETTI, 1906: 423.

45. BRUNETTI, 1906: 405, nota 2.

46. BRUNETTI, 1906: 423.

47. BRUNETTI, 1913: 61.

48. BRUNETTI, 1913: 61.

agente”.⁴⁹ Ou seja: tratar-se-ia de deveres se e somente se desejado o conseqüente resultado (exatamente como no exemplo, “se queres chegar rápido, deves caminhar rapidamente”).⁵⁰

No plano jurídico, BRUNETTI propõe o seguinte esquema para as *regras finais*: “[q]uem quer que se verifique *B* deve agir no modo *A* (deve cumprir a ação *A*)”.⁵¹ E define que uma “regra final existe toda vez que existe um princípio de causalidade eficiente, no qual *causa eficiente* é uma *ação humana* (princípio gerador) para que o *efeito*, por sua vez, torne-se *escopo* e, portanto, *causa (final)* do agir”.⁵²

A grande diferença entre os “deveres absolutos” e os “deveres livres”, ou finais, estaria, portanto, no fato de que as regras finais não seriam, segundo BRUNETTI, imperativas, mas meramente facultativas ou não obrigatórias:⁵³ “a *regra final* não é *imperativa*, não é um comando, mas exprime uma simples *necessidade final*”.⁵⁴

As “regras finais” de BRUNETTI, ou os “deveres livres” por ele preconizados, são nada menos do que o início da teorização daquilo que conhecemos atualmente por *ônus*.

Algumas críticas podem ser feitas ao pensamento de BRUNETTI. Em primeiro lugar, parece equivocado elevar-se o ônus

49. BRUNETTI, 1913: 62.

50. BRUNETTI, 1913: 61-62.

51. BRUNETTI, 1913: 72.

52. BRUNETTI, 1913: 85.

53. BRUNETTI, 1913: 73.

54. BRUNETTI, 1913: 73.

ao plano normativo, como se o próprio ônus fosse uma “regra” (final). As regras jurídicas *atribuem* deveres ou ônus, mas não *são* essas mesmas deveres ou ônus. Assim, pareceria mais adequado falar-se em “regra jurídica que atribui” um ônus, e não em “regra final”.

A segunda crítica é que o que BRUNETTI chamava de “regras finais” são, sim, regras imperativas; acarretam situação jurídica passiva menos drástica (e, portanto, poder-se-ia dizer ilustrativamente, “menos imperativa”) do que a regra que cria um *dever*, mas nem por isso deixam de ser dotadas de imperatividade.

Se a lei afirma que, através da adoção do comportamento *A*, obter-se-á o resultado *B*, o legislador está evidentemente criando uma norma jurídica de “meio” (regra),⁵⁵ com imperatividade: de todos os “meios” abstratamente disponíveis ao legislador, esse está “escolhendo” aquele que será utilizado para perseguir os fins daquela comunidade.

Assim, por exemplo, a fim de proteger o bem jurídico “vida”, e verificando o grande número de mortes em acidentes de trânsito causados por não utilização de cinto de segurança, o legislador, em ponderação de fins, pode criar um dever de que pessoas o utilizem ou pode criar um ônus: quem dirigir utilizando o cinto de segurança terá desconto no imposto de seu veículo. Em ambas as situações, entretanto, o legislador

55. ÁVILA, 2021b: 104. Sobre coordenação, expertise e eficiência das regras jurídicas vide, por todos, ALEXANDER e SHERWIN, 2001: 13 e ss. Sobre as funções das regras, veja-se SCHAUER, 1991: p. 147 e ss.

estará criando uma regra jurídica dotada de imperatividade (maior ou menor).

Em terceiro lugar, como já apontado pela doutrina, “dever livre” é uma “*contradictio in adjecto*”.⁵⁶ Ou algo é dever, ou algo é livre. Afinal, como será exposto a seguir, e como apontado por BRUNETTI quando com referência ao que chama de “deveres absolutos”,⁵⁷ a existência de um *dever* pressupõe justamente que o sujeito não possa escolher se quer ou não cumprir aquilo que determina a regra.

Seja como for, BRUNETTI teve alguns grandes achados teóricos, que constituíram verdadeiras e sólidas bases para a construção do conceito de *ônus*. O primeiro foi perceber que, diante de uma “regra final” (*rectius*, diante de um *ônus* atribuído por uma regra jurídica), se o sujeito não adota o comportamento *A* (no exemplo anterior), não entra em contradição, violação ou desobediência à própria regra.⁵⁸ Diria eu, em outras palavras: não pratica um ato contrário ao Direito, um ilícito.

O segundo ponto de grande relevo em BRUNETTI foi a percepção de que as “regras finais” (*rectius*, regras que atribuem *ônus*), ao contrário das regras (ditas) imperativas (*rectius*, regras que atribuem deveres), deixam verdadeira escolha para o destinatário da regra. Sabendo da regra jurídica acima (“Quem quer que se verifique *B* deve agir no modo *A*”), o destinatário pode escolher se quer (i) adotar o comportamento *A*, obtendo *B*, ou

56. BOBBIO, 1958: 163. No mesmo sentido, IRTI, 2008: 107-164, esp. p. 124; GRAU, 1988: 117.

57. BRUNETTI, 1913: 62.

58. BRUNETTI, 1913: 74.

(ii) não adotar o comportamento *A*, sabendo que não obterá o resultado *B*. A “regra final”, em outras palavras – e ao contrário da regra (dita) imperativa –, deixa “liberdade de escolha”.⁵⁹

No exemplo sobre a utilização do cinto de segurança, ao atribuir um *dever* de utilização de cinto de segurança, o legislador não dá escolha lícita ao destinatário: terá que utilizar o cinto por conta de sua própria escolha, ou por conta da força coativa do Direito. Ao atribuir um ônus, por outro lado, o legislador “estimula” o destinatário da regra no sentido almejado (utilização do cinto, no exemplo); entretanto, ao fim e ao cabo, a escolha fica relegada ao próprio destinatário.

A terceira importante contribuição de BRUNETTI (intimamente ligada à segunda) deu-se através da intuição, mesmo que em exemplo alheio ao Direito (e mesmo que de forma incidental), de que o fato de o Direito tratar algo como um “dever absoluto” ou como um “dever final” (diríamos nós, como *dever* ou como *ônus*) é questão que deve ser enfrentada pelo legislador (diríamos hoje que através do postulado da proporcionalidade).⁶⁰

BRUNETTI, com efeito, cita, nesse sentido, o exemplo de um pai que, querendo que o filho estude em determinada instituição de ensino, tem duas opções: a primeira, mais drástica, de *comandar*, utilizando seu poder familiar (à época referido como pátrio poder), caso em que o filho terá (segundo a concepção defendida no presente estudo, que será abordada a seguir) um *dever* – cujo comando poderia ser imaginado como:

59. BRUNETTI, 1913: 75.

60. ÁVILA, 2021b: 206 e ss.