

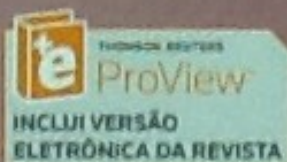
# REVISTA DE **PROCESSO** RePro

ANO 40 • 249 • NOVEMBRO • 2015

COORDENAÇÃO:  
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

ASSOCIAÇÃO OFICIAL

Instituto  
Brasileiro  
de Direito  
Processual



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INVERSÃO, OU DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

## THE NEW CPC AND THE INVERSION, OR DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF

LUCIANO PICOLI GAGNO

Doutor em direito processual pela USP, mestre em direitos e garantias fundamentais pela FDV,  
advogado e professor nos cursos de graduação e pós-graduação da FESV e UVV.  
lucianogagno@hotmail.com

Recebido em: 04.09.2015  
Aprovado em: 16.09.2015

ÁREA DO DIREITO: Processual

**RESUMO:** O presente artigo analisa o instituto da inversão do ônus da prova, que veio expressamente disciplinado no art. 373 do CPC/2015. Nessa empreitada, as questões enfatizadas referem-se ao momento da inversão, sua compatibilidade com os poderes instrutórios, os requisitos para a sua utilização e o seu âmbito de incidência. Nesse sentido, toma-se como ponto de partida, a ideia de que inversão do ônus ou distribuição dinâmica são ferramentas idênticas, que tem por objetivo oferecer às partes paridade de armas, com igualdade de condições de acesso a uma Justiça efetiva, na hipótese de uma das partes sofrer com a impossibilidade ou dificuldade em produzir uma prova. Destarte, a inversão mostra-se condizente com o direito fundamental de acesso à Justiça garantido constitucionalmente e repetido no novo Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inversão do ônus da prova - Direito fundamental de acesso à Justiça - Novo Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** This article analyzes the doctrine of the inversion of the burden of proof, which is expressly provided for in art. 373 of the CPC/2015. In this endeavor one emphasized questions related to: the moment of reversal, its compatibility with the evidentiary powers, the requirements for their utilization and its scope. In this sense, the inversion of the burden or dynamic distribution are held to be identical tools, which aim to offer the parties parity of weapons, with equal access to effective Justice, when one of the parties suffers with the inability, of or difficulty, in producing evidence. Thus, the inversion is shown as convergent with the fundamental right of access to justice guaranteed constitutionally and reiterated in the new CPC.

**KEYWORDS:** Inversion of the burden of proof - Fundamental right of access to justice - New Code of Civil Procedure.

Síntese: 1. Introdução - 2. O momento para a realização da inversão ou distribuição dinâmica - 3. Inversão do ônus e poderes instrutórios - 4. O requisito necessário para o manejo da inversão ou distribuição dinâmica - 5. A amplitude do uso da inversão ou distribuição dinâmica, sob a ótica do direito fundamental de acesso à Justiça - 6. Conclusão - 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Tema que já foi objeto de investigação de inúmeros estudos, a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus da prova constitui hoje, juntamente com os poderes instrutórios em geral, uma das técnicas processuais pertinentes à atividade instrutória de maior relevo e contato com o direito fundamental de acesso à Justiça.

Não à toa, o novo Código de Processo Civil positivou expressamente, em seu art. 373, § 1.º, a possibilidade do "juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso", visando a eliminar toda e qualquer impossibilidade ou dificuldade de se cumprir o encargo tradicional, segundo o qual cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos, e ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme o *caput* do referido artigo.

Os diversos trabalhos realizados sobre tal temática e referidos neste estudo enfrentaram questões tradicionais, como: o momento para a inversão do ônus, a necessidade de cumulação ou não dos requisitos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor, o significado do termo hipossuficiência e outras, que ainda hoje são objeto de debate nos mais variados âmbitos.

Sem embargo de se examinar tais pontos, a reflexão realizada por ora terá o seu foco mais direcionado para a previsão do novo Código de Processo Civil e alguns problemas de igual relevância, mas menos explorados pelas pesquisas anteriores, tais como: Qual amplitude terá a utilização da técnica de inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova? A hipossuficiência, entendida como carência de informações técnicas ou específicas, como fazem alguns autores, traz algum benefício efetivo para a respectiva parte, especialmente diante do novo Código de Processo Civil? E, a inversão fundada apenas na verossimilhança, conforme previsto no diploma consumerista, seria mesmo uma hipótese de inversão?

O novo Código de Processo Civil traz respostas adequadas para os questionamentos acima, especialmente no que tange à amplitude do uso da técnica de inversão e ao significado dos requisitos necessários.

Nesse cenário de questões, parece ideal um pequeno introito em que se sedimente a presente visão sobre as técnicas em comento, para que as afirmações futuras possam ser fincadas em terreno sólido.

Destarte, parece importante se consignar, que para parte da doutrina a inversão do ônus seria uma técnica distinta da distribuição dinâmica, não só por uma suposta diferença existente nos seus requisitos autorizadores e no seu âmbito de incidência (CREMASCO, 2009, p. 75-76), como também, pelo fato de se entender, que no caso da distribuição dinâmica não ocorreria inversão, por mensurar um ônus previamente fixado, que pudesse ser invertido (CAMBI, 2006, p. 341).

Nesse caso, o ônus da prova seria distribuído, como o próprio nome diz, de maneira dinâmica e em cada caso concreto, de acordo com os seus matizes conformadores, a fim de que seja atribuído a quem tenha maior facilidade para satisfazê-lo.

Não obstante a razoabilidade aparente de tais argumentos sobre a suposta diferença entre inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, acredita-se que eles carecem de maior reflexão, pelas seguintes razões.

Primeiramente, porque não se enxerga uma diferença substancial entre os requisitos autorizadores para a distribuição dinâmica e para a inversão, ressalvada a hipótese de inversão com base na verossimilhança, prevista no Código de Defesa do Consumidor, que mais adiante será explicado que não constitui verdadeira hipótese de inversão, mas de fluxo natural do ônus da prova.

Dizer que a distribuição dinâmica tem como pressuposto a impossibilidade ou a dificuldade de uma parte (ou ainda a maior facilidade da parte), para produzir uma determinada prova (como consta do CPC/2015, art. 373, § 1.º), é o mesmo que dizer que o ônus deve ser invertido tendo em vista a hipossuficiência de uma parte em face da outra, e isto, porque já se encontra remansoso o entendimento de que a hipossuficiência não resta caracterizada pela pobreza da parte, mas sim pela capacidade de demonstração de suas alegações (TRUCA, 1991, p. 35), ou seja, de ter acesso à produção de uma determinada prova.

Ademais, será visto ao final deste estudo, que a suposta limitação legislativa à técnica da inversão do ônus da prova inexistente, mesmo quando ainda não havia o § 1.º do art. 373 do CPC/2015, razão pela qual não havia que se falar em diferença de abrangência entre a técnica de inversão e de distribuição dinâmica.

Além disso, dizer que no uso da distribuição dinâmica não há inversão do ônus, por não haver uma fixação prévia deste, contradiz de maneira infundada a forte razão que norteia a regra genérica do ônus da prova, qual seja, a do interesse que motiva o autor a provar os fatos constitutivos, e o réu a provar os

atos modificativos, extintivos e impeditivos, ou seja, de cada parte provar os fatos que lhes beneficiem (DINAMARCO, 2004, p. 72-73).

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil é categórico ao manter essa regra geral no caput do seu art. 373.

Aíás, há uma incoerência interna na fala que defende a ausência de uma regra prévia de distribuição do ônus da prova nos casos em que esta se dá de maneira dinâmica, porque, ao se fundamentar esta técnica na impossibilidade ou dificuldade de uma parte, em cumprir o seu ônus tradicional, bem como na possibilidade de que a outra o cumpra, parte-se necessariamente da premissa, de que já existe um ônus previamente fixado de maneira desproporcional para aquele caso.

Destarte, o exame para se saber sobre a necessidade de se aplicar a distribuição dinâmica pressupõe um prévio exame das dificuldades que a parte terá para cumprir o ônus tradicional, permitindo-se concluir pela existência de um ônus prévio que poderá ser redistribuído ou invertido conforme as características do caso; se isto não ocorresse, seria o mesmo que defender uma consequência sem causa.

Prova dessa contradição se extrai da mesma doutrina que advoga essa hipótese diferença conceitual entre inversão e distribuição do ônus, quando afirma que a regra tradicional do ônus da prova deve ser observada, mas não de maneira rígida, a ponto de inviabilizar a proteção dos direitos. Nesse sentido afirma Cremasco (2009, p. 76):

"A carga dinâmica, por sua vez, não sofre limitações decorrentes de previsão legislativa e tem uma aplicação mais geral, voltada para todo e qualquer tipo de processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente ou inadequado e desde que um dos litigantes tenha maior facilidade ou esteja em melhores condições de produzir a prova respectiva".

Observa-se assim, que os próprios autores que defendem a tese da dicotomia existente entre inversão e distribuição dinâmica do ônus, falam que a regra geral será substituída pela distribuição dinâmica quando se mostrar insuficiente ou inadequada, de modo a permitir que se conclua, que primeiro deve-se tentar aplicar a regra geral, para num segundo momento, se constatada a hipossuficiência, se realizar a inversão ou a distribuição dinâmica.

Por outro lado, mostra-se acertado asserir, que a inversão com base na verossimilhança, prevista no Código de Defesa do Consumidor, não é uma genuína inversão, mas sim um juízo probatório baseado no modelo de constatação de preponderância de provas, que não inverte literalmente o ônus da prova, mas permite a sua fluência, da mesma forma quando se entende por determinado

trado determinado fato (GRUNOVER, 2005, p. 793-794), pois verossímil é algo provável e no processo civil não há razões para se beneficiar a dúvida em detrimento do provável como ocorre no processo penal.

A inversão pressupõe a transferência do ônus de quem originariamente o tenha, para quem não o tenha, quando esta transferência decorre da verossimilhança dos fatos controvertidos não se retira o ônus de quem o tenha, mas sim de quem o tinha e conseguiu satisfazê-lo pela demonstração, com maior ou menor grau de certeza, dos fatos alegados.

Ultrapassadas tais questões é oportuno que se tracem algumas sintéticas observações sobre divergências diuturnas, que há muito permeiam os debates na seara acadêmica e jurisdicional, o que passa a ser feito nos tópicos seguintes.

## 2. O MOMENTO PARA A REALIZAÇÃO DA INVERSÃO OU DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

O novo Código de Processo Civil traz expressamente no § 1.º do seu art. 373, que a inversão do ônus da prova deverá oportunizar ao novo onerado a sua satisfação, ou seja, ainda que a conclusão pela distribuição dinâmica ocorra ao final da fase instrutória, esta deverá ser retomada, com a iminação do novo onerado para produzir a prova que lhe cabe, com a expressa identificação da fonte e do meio de prova pertinentes, sob pena de violação dos princípios do contraditório e ampla defesa, boa-fé e cooperação processual.

No atual cenário constitucional não se pode ignorar a necessidade da inversão do ônus ser manejada de forma a possibilitar ao novo onerado a produção da prova devida (BARBOSA MOREIRA, 1993, p. 197).

Argumentos contrários existiam no sentido de que a inversão seria mera regra de julgamento e não de procedimento, e que, se as partes não têm certeza previamente de que o ônus será invertido, ao menos sabem da possibilidade dela ocorrer, cabendo-lhes a cautela de produzirem todas as provas acessíveis, sob pena de correrem o risco de uma decisão desfavorável (DINAMARCO, 2004, p. 83-84).

Esse pensamento, apesar de pertinente, por encontrar aparente respaldo no princípio da cooperação e da boa-fé processual em relação as partes, não deve prevalecer, vez que, se é dever das partes envidar todos os esforços para colaborar na formulação da melhor decisão possível, também é verdade, que o juiz deverá adotar todas as medidas que outorguem ou possam outorgar mais qualidade à sua decisão, cabendo também ao juiz observar os princípios da boa-fé e da cooperação processual.

Dessa forma, pode-se dizer que o descumprimento dos deveres da parte, de observância da boa-fé e da cooperação processual, não justifica o descumprimento dos deveres do juiz de observância dos mesmos preceitos.

Destarte, cabe se questionar: se o juiz pode anunciar previamente a inversão, especificando as fontes e meios de provas disponíveis, permitindo a sua produção em flagrante prestígio ao contraditório e ampla defesa, ao devido processo legal substantivo, à boa-fé e à cooperação, por que não o fazer?

Sendo assim, apesar das partes deverem ser cautelosas na instrução das demandas, a constitucionalidade da decisão e, conseqüentemente, a sua chance de ser mais justa aumentam quando o juiz adverte a parte sobre o seu novo ônus processual e não apenas sobre a mera possibilidade de se invertê-lo, devendo indicar o fato que ela deverá provar (BARBOSA MOREIRA, 1993, p. 197), além da fonte e do meio de prova a serem utilizados.

Do contrário, a parte pode não perceber a possibilidade de inversão, ao menos com relação ao fato, a fonte e ao meio de prova respectivo, e ser tolhida no direito de argumentar sobre a sua capacidade de produção da respectiva prova, prejudicando a segurança de uma presunção fundada em uma hipotética omissão, matéria que ficaria apenas para um recurso de apelação.

Para o processo, o que importa é a melhor decisão possível, ou seja, aquela que se baseie na versão fática mais próxima da verdade, de modo que, sendo expressa a inversão, estará resguardado tal objetivo.

Sem uma inversão que possibilite a parte se desincumbir do seu novo ônus, o objetivo de alcançar a melhor decisão possível poderia ser prejudicado por advogados que não produzem determinadas provas, por não saberem da possibilidade de inversão ou por acharem que ela não ocorrerá e, assim, contaram com a regra geral do ônus para não revelar provas contra seus clientes, conduta que, reprovável ou não, não deve ser apenada com uma inversão do ônus no julgamento, pois, insista-se, a melhor decisão possível interessa aos escopos jurisdicionais e ao direito fundamental de acesso à Justiça na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, a inversão previamente anunciada, seja no saneamento, seja após toda a instrução, com a reabertura de oportunidade para o seu suprimento, como diz Barbosa Moreira (1997, p. 148), "a fim de que o fornecedor possa produzir a prova adequada a que se libere do novo ônus", prestigiará em maior medida o direito fundamental de acesso à Justiça, que denota a necessidade de se utilizar todas as técnicas tendentes a imprimir maior qualidade e efetividade às decisões judiciais, estando compreendidos no núcleo do referido direito

fundamental o contraditório e a ampla defesa, ou seja, os pressupostos de um processo justo ou de um devido processo legal.

Destaca-se, que a situação acima descrita não será resolvida caso o juiz realize apenas um advertência às partes, sobre a possibilidade de inversão, pois, nessa hipótese, além de permanecer uma situação de dúvida sobre a efetiva inversão e a presença de seus requisitos, justificadora de um comportamento omissivo fundado na regra geral (BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 146), não se terá indicado sobre qual fato a inversão incidirá, e nem mesmo a fonte e o meio de prova que deverá ser utilizado.

Tais providências se mostram indispensáveis, para que se reduza o risco de criação de uma *probatio diabólica*, ou seja, de uma prova impossível (KOPPEL, 2006, p. 944) e para que o juiz possa presumir seguramente que a não produção da prova decorre da ausência de razão pela parte omissa.

Aliás, tal publicidade também é uma exigência do legislador nos casos de exibição de documento ou coisa, o que ratifica a sua necessidade para as hipóteses genéricas de inversão do ônus da prova.

Sem a explicitação na decisão que inverte o ônus, da fonte de prova e do meio de prova a ser realizado, que nada mais são do que a carga de informação e a forma de se extrair-la para o processo (CARSELUTTI, 2002, p. 99), o magistrado demonstra não saber de que forma a comprovação do fato alegado poder ser efetivada e, com isto, corre o sério risco de criar uma inversão desproporcional, como no caso do preservativo rompido, em que o magistrado singular inverteu o ônus para que a fornecedora do produto demonstrasse se tal fato, que deu ensejo a uma gravidez inesperada, havia ocorrido ou não (CREMASCO, 2009, p. 17).

Casos como esse exigem um juízo de verossimilhança preponderante, inclusive pela dificuldade de demonstração do fato alegado (BAFISTA DA SILVA, 2000, p. 158-159), que é inerente a sua natureza e não recai de maneira mais suave sobre os ombros do fornecedor do produto, apesar de se ter a consciência de que o referido juízo de verossimilhança não deve ser utilizado apenas nos casos difíceis, mas sim como regra de julgamento na maior parte dos casos cíveis.

Retornando dessa breve divagação, notam-se autores que sustentam a impossibilidade de, antes do juízo probatório final, o juiz saber da presença dos requisitos autorizadores da inversão (GRINOVER, 2003, p. 197), o que justificaria uma inversão apenas na sentença, contudo, não se apresenta correto tal posicionamento, já que a dificuldade ou a impossibilidade na produção da prova (hipossuficiência) poderá ser constatada com base em máximas de expe-

riência, sendo certo ainda, que basta a probabilidade de hipossuficiência para o juiz se convencer da necessidade da inversão.

Registra-se, no ensejo, que se a suposta inversão for fundada apenas na presença de verossimilhança da versão de uma das partes, sem a demonstração de dificuldades na produção da prova, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor, o que na verdade se apresentará é um simples fluxo da carga probatória, não sendo necessária prolação de decisão prévia comunicando tal situação, nem indicando o fato, a fonte e o meio de prova respectivo.

Neste caso inexistente inversão e, portanto, inexistente qualquer situação excepcional, surpreendente, de genuína modificação de incumbências, que deva ser informada a fim de se dirimir hipotéticas dúvidas, mas somente a ocorrência de um fenômeno processual que se efetiva em todos os processos, contendo em eles partes hipossuficientes ou não, dependam de juízos de maior grau de convicção, como no âmbito penal, ou não.

### 3. INVERSÃO DO ÔNUS E PODERES INSTRUTÓRIOS

Nesse cenário, uma questão que poderia ser suscitada é a seguinte: os poderes instrutórios do juiz não supririam a necessidade de utilização da inversão do ônus, na medida em que se poderia, ao invés de transferir o ônus, determinar a produção da prova?

A princípio parece que uma coisa não exclui a outra, primeiro porque ainda quando um juiz determina de ofício a produção de uma prova, esta ele a inverte o ônus se a sua produção depender decisivamente da participação de uma parte inicialmente não onerada (como ocorre na exibição de documento ou coisa).

Observe que neste caso, não basta o simples uso de poderes instrutórios, desacompanhado da técnica de inversão do ônus, mesmo porque, em caso de descumprimento de tal ordem, será necessária a imputação das consequências deletérias pela não satisfação do respectivo ônus a alguém, de modo a permitir concluir-se, que a inversão está alinhada aos poderes instrutórios (CREMONESE, 2009, p. 84), pois pode decorrer de requerimento da parte ou ser determinado de ofício.

Todavia, hipóteses há em que a produção de determinada prova não depende da participação de alguma das partes, ou depende da parte originariamente onerada, quando então, haverá o manejo do poder oficial, sem que, todavia, haja a inversão do ônus, o que leva a crer, que a inversão do ônus é apenas uma técnica que poderá ser combinada com os poderes instrutórios, quando adier

Griseo, Luciano Petri. O novo Código de Processo Civil e a inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, vol. 245, ano 40, p. 117-130. São Paulo: MJ, RJ, nov. 2013.

de decisão para a qual não tenha havido requerimento, pois em havendo pedido, a inversão não será decorrente dos poderes instrutórios do juiz.

Além disso, registra-se que os poderes instrutórios oficiais não devem ser usados de maneira a exaurir as fontes de prova, enquanto a inversão do ônus pode ter essa finalidade, quando, por exemplo, se pleiteia a inversão para se produzir uma contraprova, como no caso em que se exige a exibição de uma coisa para se demonstrar que o conteúdo de um documento não é verdadeiro.

Apesar de nessa hipótese a prova não ter sido produzida de ofício, o foi através da inversão ou distribuição dinâmica, que deve abranger a possibilidade do juiz adotar providências em função de requerimento das partes, com o alvitre de descobrir a verdade mais provável, inclusive impondo consequências graves pelo seu descumprimento.

Conclui-se, portanto, que nem toda inversão estará ligada ao uso dos poderes instrutórios, bem como que, nem toda vez que os poderes instrutórios forem utilizados haverá inversão do ônus, todavia, as duas técnicas poderão ser combinadas quando o juiz, de ofício, determinar a produção de prova sobre fato alegado por uma parte, mas que não esteja ao alcance dela.

Nesses casos, a técnica de inversão é combinada com a técnica de poderes instrutórios, para que a parte que detém a prova seja estimulada a obedecer a decisão que imponha a sua produção, sob pena de ter contra si a presunção do fato.

### 4. O REQUISITO NECESSÁRIO PARA O MANEJO DA INVERSÃO OU DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

Questão intrincada, sobre a qual se alicerçava uma profunda divergência, concerne à cumulatividade ou não dos requisitos previstos no diploma consumerista, autorizadores do manejo da inversão do ônus da prova, quais sejam: a hipossuficiência e a verossimilhança.

Tais requisitos são identificáveis com base nas máximas de experiência que permeiam a civilização (TAREFFO, 2002, p. 145), a critério do magistrado, o que não significa que ele exercitará um poder discricionário, fundado na oportunidade e conveniência (Gim, 1995, p. 36), mas sim, que decidirá uma questão controvertida sob o prisma do direito fundamental de acesso à justiça e do devido processo legal, a fim de não inviabilizar a proteção de direitos nem atribuir uma carga probatória excessiva e desproporcional a uma das partes em benefício da outra, como ensina Abelha Rodrigues (2007, p. 247), asserindo que: "Neste particular, o acesso aos meios de prova e a possibilidade de produ-

Griseo, Luciano Petri. O novo Código de Processo Civil e a inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, vol. 245, ano 40, p. 117-130. São Paulo: MJ, RJ, nov. 2013.

zilos no processo constituem um desses pilares do devido processo legal, sem o qual nega-se a própria existência da própria justiça".

Para se analisar essa questão precisa-se realizar uma análise crítica sobre o significado e o papel de cada um dos referidos requisitos, principalmente do cenário desenhado pelo novo Código de Processo Civil, começando pelo requisito da verossimilhança.

Como já dito acima, não se considera que a verossimilhança isolada imponha uma genuína inversão do ônus da prova, mas sim num fluxo natural da carga probatória, que se transmite para o detentor da versão menos provável diante de todo o material probatório produzido até o momento.

Tal situação deverá ocorrer ainda que inexistam hipossuficiência e, diga-se mais, ainda que seja possível a produção de outros meios de prova, que possam contribuir com a formação de um juízo fático mais seguro, ao contrário do que sugerem alguns estudos, que admitem tal técnica apenas de maneira excepcional, para litígios onde a apuração da verdade se mostre naturalmente difícil (Mazzoni, 2007, p. 13-14).

Segundo o pensamento dessa parcela de estudiosos, a técnica do julgamento fundada na preponderância de prova, ou verossimilhança predominante, somente deveria ser manuseada em casos onde a convicção plena sobre os fatos se mostre inviável em virtude das circunstâncias fáticas que os envolvem, pois, do contrário, haveria uma aparente e desnecessária violação ao valor segurança (Azeiteiro, 2008, p. 271).

Tal perspectiva, todavia, não se mostra condizente com o necessário tratamento isonômico que deve ser dispensado às partes, pilar que sustenta o modelo de constatação inerente ao processo civil (Ksniak, 2007, p. 45) e norteia a construção moderna do conteúdo do direito fundamental de acesso à Justiça do devido processo legal, ou do processo justo, sendo certo que o novo Código de Processo Civil prestigia a isonomia e a paridade de armas expressamente nas suas normas fundamentais.

Exigir de uma parte, que realize todas as provas possíveis sobre determinado fato pode se traduzir em iniquidade e perda de tempo, e dinheiro, já que, desta maneira, será tributado a ela um encargo desproporcional, gerador de um repugnante comodismo e de uma carga argumentativa sempre favorável à parte contrária.

Essa ao invés de realizar provas também, visando a contribuir com o esclarecimento dos fatos, como normalmente se espera de quem confia na sua versão, se apega à oiturna e indesejada alegação de ausência de provas, em manifesta contradição com o princípio da cooperação (CREMASCO, 2009, p. 95-96), bon-de, lealdade e solidariedade, que orientam o processo civil moderno

(CREMASCO, 2009, p. 73) e estão expressamente previstos nos primeiros artigos do novo Código de Processo Civil.

Além disso, por razões lógicas, o risco de injustiça que incide sobre um julgamento fundado na versão mais provável, se mostra inferior ao que incide num julgamento que refute a versão mais provável por não ter sido possibilitada a formação de uma convicção plena.

Destaca-se ainda a grande margem para arbitrariedades, que a chamada convicção plena propicia ao magistrado, que querendo beneficiar a uma parte, simplesmente decide em seu favor, justificando-se numa suposta insuficiência das provas produzidas pela parte contrária, sem fundamentar porque tais provas são efetivamente insuficientes e sem enfrentar o fato da parte beneficiada não ter produzido prova alguma.

Tais profissionais contam com o benefício da dúvida para que mais uma injustiça seja acobertada sob este manto, em total descompasso com o dever de fundamentação da sentença, expressamente previsto no novo Código para impedir decisões genéricas, que decidam questões fáticas sem se referir expressamente as provas produzidas nos autos.

Diante desse esse panorama, ao contrário do que diz parte da doutrina, pensa-se que o julgamento contrário à verossimilhança preponderante e que viola o valor segurança, por assumir um risco maior, de erro mais provável, ao compactuar com a versão menos verossímil, em manifesto e inútil desrespeito à razoabilidade e a proporcionalidade, ou seja, ao devido processo legal substantivo, já que "o processo não é feito somente de certezas (haverá certezas no espírito do juiz?), mas, sobretudo, de probabilidades e riscos a serem racionalmente assumidos" (DINAMARCO, 1988, p. 118).

Nesse passo, já que a verossimilhança proporciona a fluência da carga probatória e não a sua inversão, por uma questão de coerência, adere-se à grande parcela da doutrina, que afirma ser possível a inversão do ônus fundada apenas na hipossuficiência, ainda que não seja possível se formar um juízo de verossimilhança sobre os fatos que fundamentam a pretensão inicial (BASSOIA MOURA, 1997, p. 141 e 149).

Para tanto, basta que ao menos a situação jurídica de inferioridade reste verossímil e a inversão se mostre potencialmente eficaz, sem criar o fenômeno da *probatio diabolica*, ou da prova diabólica, totalmente indesejado pelo direito, que não teria qualquer razão para apenas inverter a desigualdade existente, como ensina Furtado Fabrício (1993, p. 32), ao afirmar que:

"A debilitação do princípio dispositivo há de somar-se o correlato atrescimo de inquisitorialidade. Claro está, a dosagem dos meios de reequilíbrio entre

litigantes desiguais tem de ser criteriosamente arbitrada e administrada, pois, que se objetiva e suprimir a desigualdade e não invertê-la".

A respeito dessas questões, aliás, o novo Código de Processo Civil espanta qualquer resíduo de dúvida, quando autoriza a inversão no § 1.º do art. 373 condicionando-a apenas a impossibilidade ou dificuldade da parte em obter a prova do fato por ela alegado, e quando prevê no § 2.º do mesmo artigo, que a inversão não pode gerar uma situação de impossibilidade para a outra parte, ou seja, se alguma verossimilhança é necessária para a inversão, seria apenas com relação ao fato da parte contrária possuir reais meios de produzir a prova cujo ônus estava se invertendo.

Nesse sentido, conduzindo a análise para o que seria impossibilidade ou dificuldade na produção da prova, requisito idêntico a hipossuficiência mencionada no Código de Defesa do Consumidor, ousa-se discordar da acepção moderna empregada a este termo, pelas razões que passarão a ser expostas.

Como afirmado acima, atualmente o termo hipossuficiência (dificuldade ou impossibilidade na produção da prova, na dicção do novo Código de Processo Civil - § 1.º do art. 373) possui uma acepção ampla, denotando não só uma dificuldade de dispor das fontes de provas necessárias, como também uma carência de informações técnicas ou específicas (GRINOVER, 2005, p. 794-795), capaz de impedir uma atividade probatória satisfatória por parte do hipossuficiente, o que, por conseguinte, prejudicaria o seu acesso à Justiça, ou melhor, o acesso a uma ordem jurídica justa (SANTOS RODRIGUES, 1996, p. 119).

Não obstante a aparente razoabilidade de tal inteligência do termo propõe-se no ensejo uma reflexão sobre até que ponto essa latitude na compreensão da palavra pode ser realmente eficaz, trazendo concretos benefícios para o jurisdicionado.

Parece indiscutível, que a impossibilidade de uma parte dispor de determinadas fontes de prova, como documentos, gravações de voz, vídeo, testemunhas e demais materiais comprobatórios, implicará efetivamente numa hipossuficiência, ou seja, numa disparidade de armas, que deverá ser resolvida através de medidas práticas que, nestes casos, invertam o ônus da prova (HUTTEL, 2007, p. 54), impondo ao detentor da respectiva fonte de prova a responsabilidade pela sua apresentação, sob pena de se presumir verdadeira a versão fática afirmada pela parte contrária.

Percebendo a ocorrência de tais situações, aliás, Carnelutti (2000, p. 561) já falava em seus estudos, da possibilidade de se transferir o encargo da produção de determinado meio de prova ao detentor da respectiva fonte, o que se faz com base no art. 1.354 do CC italiano, que permite a construção de presunção baseada no comportamento omissivo da parte.

Outrossim, o legislador pátrio criou mecanismos, como o incidente de exibição de documento ou coisa, previsto no Código de Processo Civil, que pode ser manejado em qualquer procedimento, a fim de viabilizar o direito fundamental de acesso à Justiça, desde que haja verossimilhança sobre a existência do respectivo material probatório.

Esse ponto, aliás, merece relevo, pois externa a preocupação que o legislador tem e que vem sendo frisada, de evitar a já mencionada *probatio diabolica* decorrente da criação de um ônus desproporcional com a inversão, expressamente vedada pelo § 2.º do art. 373 do CPC/2015.

Diante desse cenário, percebe-se que para se realizar a inversão do ônus da prova deve restar caracterizada a probabilidade de o novo onerado possuir a referida fonte de prova, que detém toda a carga de informação necessária, o que conduz à conclusão de que a inversão deverá ser precedida pela identificação do fato a ser provado, da fonte de prova que se almeja trazer para o processo e, por conseguinte, do meio de prova apto a tanto, para que, somente em seguida, se possa inverter o ônus com segurança, anteriormente à decisão final, oportunizando a parte a apresentação do respectivo material probante, para que se profira a melhor decisão possível em seguida.

Tal conduta respeita a todos os cânones fundamentais previstos no novel Processo Civil, tais como contraditório, ampla defesa, boa-fé e cooperação processual, encontrando-se expressa no texto dos §§ 1.º e 2.º do art. 373, que regulamente o ônus tradicional da prova e sua possibilidade de inversão ou distribuição dinâmica.

Destaca-se, no ensejo, a importância que os conceitos de fonte de prova e meio de prova terão novamente, agora para a precisão e transparência do referido raciocínio, concernente à inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova, em consonância com o dever de fundamentação do juiz, sensivelmente aprofundado pelos incisos do § 1.º do art. 489 do CPC/2015.

Destarte, feita a análise do fato sobre o qual se pretende obter a inversão, serão identificadas as fontes de prova pertinentes, bem como os meios de prova aptos ao deslocamento dessas informações para o processo, quando então se verificará quem efetivamente tem condições de produzi-los, o que normalmente se dará no saneamento do processo, quando forem especificados os fatos controvertidos e determinada a produção de provas (BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 147).

Sem embargo, como dito, deverá ser avaliado se há verossimilhança nas alegações relativas a hipossuficiência, ou seja, se há probabilidade de existência da respectiva fonte de prova em poder exclusivo da parte contrária, o que



passará pela identificação de algum vínculo jurídico entre as partes em contenda, bem como pelas regras de experiência, a fim de que não se efetive uma inversão descabida.

Insista-se apenas, no fato de que a verossimilhança nesta hipótese não deverá concernir ao fato constitutivo do direito, mas a própria existência daquela fonte de prova, ainda que se parta de uma presunção fundada em indícios e no que normalmente acontece, ou seja, nas máximas de experiência.

Ocorre que, se ampliado o significado do termo hipossuficiência, como propõe largamente a doutrina, se passaria a admitir a inversão também nas hipóteses em que ocorra uma carência de informação técnica ou específica por parte de um dos litigantes (Grot, 1995, p. 36).

Todavia, o que deve ser questionado é: de que modo a imposição do ônus de se provar a ocorrência ou não de um fato, a parte que detém maiores informações técnicas ou específicas, pode minorar os efeitos dessa disparidade? Neste caso, haveria alguma fonte de prova que estivesse ou devesse estar na posse exclusiva da parte mais informada? Se existir, mas for ignorada por falta de conhecimentos técnicos ou específicos, como se coagir uma parte a trazer informações que ninguém saiba da existência, impondo-lhe consequências graves pelo descumprimento, sem arriscar-se a criar uma *probatio diabolica*? Se existir e for benéfica à parte mais informada, ela já não trará tal informação de qualquer maneira para o processo, suportando os riscos de uma omissão caso lhe seja desfavorável?

Para respondê-las, deve-se ter em mente que em situações dessa natureza, onde há necessidade de investigação de fatos complexos, que envolvam conhecimentos técnicos especializados, mostra-se imprescindível o manejo de um exame pericial, a fim de que um *expert* da confiança do juiz possa munido de informações pertinentes e confiáveis o suficiente, a ponto do magistrado se sentir preparado para decidir a querela.

Emergem daí as seguintes novas questões: se a prova de tais fatos deverá ser produzida através de exame pericial, qual seria a relevância da inversão do ônus? Será que a mera transferência do ônus de requerer a prova pericial à parte dotada de informações técnicas, conseguiria equilibrar as forças no processo, ou será que tal técnica exporia apenas um discurso ingênuo, incapaz de proporcionar resultados práticos eficazes? Será que a nomeação de um perito e de um assistente técnico não têm idoneidade para equalizar tal distorção?

Muitas são as perguntas e difíceis são as respostas. Deve-se esclarecer que o objetivo de tal análise não é o de infirmar o posicionamento doutrinário dominante, aparentemente mais favorável ao consumidor, mas somente expor tal

entendimento a uma antítese, que permita uma avaliação mais aguda da real eficácia de tal postura e a sua lapidação.

No ensejo, por não se conseguir responder a tais questões de maneira a convergir com o pensamento dominante, só se pode afirmar que a inversão fundada apenas na carência de informações técnicas ou específicas não se mostra correta, por aparentemente não satisfazer o fim ao qual ela se propõe, qual seja, o de eliminação da desigualdade causada pela carência de informações de uma parte, que deverá ser resolvida pela realização de uma prova pericial acompanhada por um assistente técnico.

Dessa forma, constata-se que o uso da técnica de inversão ou distribuição do ônus só será realmente útil, quando permitir o acesso a fontes de provas existentes ou presumidamente existentes, mas que não estejam acessíveis a uma das partes (Kniplik, 2006, p. 946), caracterizando-se, com isto, uma efetiva hipossuficiência, razão pela qual se falou no início, que para se fazer uso de tal técnica deverá haver um exame fundado em verossimilhança sobre a probabilidade de existência da fonte de prova.

Em convergência com o que vem sendo dito, Kniplik (2006, p. 947), citando lição de Barberio (2004, p. 101), ensina que:

"Com efeito, de um lado, faz-se necessário, para evitar o arbítrio, que o litigante dinamicamente onerado se encontre em posição privilegiada. José Barberio, a propósito disso, questiona: 'o que implica estar em melhores condições de produzir prova?'. A seguir, responde que tal pressuposto configura-se quando o 'sujeito a quem se atribui a carga probatória revista um posição privilegiada ou destacada em relação ao material probatório e em face de sua contraparte. É dizer que, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou do instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição para revelar a verdade, e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe uma carga probatória que, em princípio, segundo as regras clássicas que mencionamos mais acima, não teria'. E o caso típico do médico, em poder de quem se encontram o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia".

Nos casos em que a fonte de prova já esteja acessível, seja porque o produto defeituoso encontra-se nos autos, ou porque os efeitos do seu uso estão demonstrados, ainda que haja uma carência de informações técnicas ou específicas sobre a sua fabricação ou funcionamento, a inversão do ônus não se mostrará útil, pois, além de não ser eficaz para a extração de informações que comprometam o fabricante do produto, que, via de regra, omite qualquer

dado que lhe seja deletério contando com o benefício da dúvida, também não será profícuo no oferecimento de informações confiáveis, que só poderão ser alcançadas mediante um exame pericial do objeto e dos efeitos causados pelo seu uso, não preenchendo, assim o requisito da atendibilidade, mencionado por Calamandrei (1999, p. 280) quando ensinava que:

"Do juízo preliminar a respeito da admissibilidade e da relevância (de direito) de um meio de prova, se distingue, como *tertium genus*, o juízo a respeito da atendibilidade (ou credibilidade) de fato, com o qual se tende a avaliar que confiança se possa ter na veracidade e boa-fé da alegação, e a prever qual poderá ser, se é admitida, o êxito da prova por assumir".

Feitas essas considerações sobre o requisito necessário para o manejo da técnica em estudo (significado de dificuldade ou impossibilidade de produção da prova - hipossuficiência), cabe apenas enfrentar questão amplamente colocada pela doutrina antes do novo Código de Processo Civil, concernente à possibilidade de utilização da técnica de inversão do ônus da prova além dos limites consumeristas, ou seja, em causas outras que não versem sobre relação de consumo, tema que será abordado no tópico que segue, para identificarmos o seu estado atual, especialmente diante da mudança legislativa ocorrida.

##### 5. A AMPLITUDE DO USO DA INVERSÃO OU DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA, SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Como dito acima, a pseudoinversão fundada na verossimilhança das alegações deverá ser manejada em todas as demandas cíveis, ao menos em regra, ressalvadas hipóteses mais complexas, em que se justifique um juízo de maior segurança em virtude das consequências que poderão decorrer do provimento jurisdicional (KNUTH, 2007, p. 38), tal como nas ações de destruição do patrio poder.

Outrossim, a jurisprudência pátria já vem reconhecendo a possibilidade de se distribuir dinamicamente o ônus da prova, com base na ausência de possibilidade de produção de determinadas provas por parte de algum dos litigantes, o que, em outras palavras, significa a inversão do ônus fundada na hipossuficiência, que vem ocorrendo em demandas trabalhistas, previdenciárias e outras (FALCASSO, 2008, p. 52-53 e 56-57).

Paradoxalmente, ainda se verificam em âmbito doutrinário, posicionamentos tendentes a só admitir a inversão do ônus da prova em causas que versem sobre relação de consumo, ante a ausência de previsão legal que autorize uma amplificação do seu manejo (BARBOSA MOREIRA, 1997, p. 140).

Tal postura se baseia em um legalismo acrítico, pois mesmo que só houvesse previsão legal expressa autorizando a inversão do ônus para casos envolvendo relação de consumo, não se poderia concluir que em outros casos, que também exigissem o uso dessa técnica, fosse vedado o seu uso para se suprir eventual hipossuficiência e se prestigiar o acesso à Justiça.

Para tais estudiosos, ao menos aparentemente, técnica processual seria sinônimo de conjunto de regras, o que destoa totalmente da proposta aqui contida e de todo o contexto jurídico pós-positivista atualmente vivenciado (onde há um grande influxo axiológico humanístico, com uma roupagem normativa que lhe impõe aplicabilidade coercitiva [BARBOSA, 2006, p. 28-29]).

Pensar que os atos processuais só poderiam ser praticados mediante autorização legal expressa, seria esvaziar de todo sentido, cláusulas como a dignidade humana, isonomia, direito de petição, inafastabilidade da tutela jurisdicional e devido processo legal, inclusive na sua acepção substantiva, que se identifica com a ideia de razoabilidade das normas jurídicas (COMOLLE, 2004, p. 48).

Não obstante, numa perspectiva instrumentalista e constitucional do problema, o manejo da técnica de inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra imperiosa, e não apenas como uma opção, já que permite a satisfação do anseio constitucional de proporcionar aos jurisdicionados um efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Destarte, tal técnica encontra embasamento suficiente, portanto, nas normas abertas que permitem o modelo constitucional de processo e consubstanciam o direito fundamental de acesso à Justiça e o devido processo legal substantivo, motivo pelo qual o legislador moderno fez questão de positivá-la expressamente no art. 373, § 1.º, do CPC.

A técnica em comento tem como propósito permitir uma efetiva proteção dos direitos, eliminando determinados óbices que inviabilizam esta promessa constitucional, sendo certo, porém, que a existência de tais óbices se faz extremamente comum nas relações de consumo, entretanto, podem ser verificados também em inúmeras outras situações, tais como: relação de emprego, comercial, tributária, previdenciária, de família, em determinados casos versando sobre atos ilícitos e outros (CARRA, 2006, p. 344-346).

Dessa maneira, a técnica de inversão ou distribuição do ônus deve ter o seu manejo limitado pelo seu próprio fim, ou seja, pela sua própria utilidade, que é a de proporcionar decisões mais justas, e não por questões formalistas, que ignoram o propósito de tal técnica e enxergam de maneira restritiva os textos normativos (ALVARO DE OLIVEIRA, 1997, p. 60).

Resta superada a concepção individualista e privatista do processo, típica de uma sociedade liberal absorvida pelos problemas de massa da pós-modernidade, que dependem hoje de um processo civil baseado em valores como solidariedade e cooperação (ABELHA RODRIGUES, 2007, p. 245), a fim de que seus escopos instrumentalistas não sejam deteriorados (BEDAQUE, 2003, p. 17).

A identificação de uma situação de fragilidade de uma parte no processo, em virtude desta não poder dispor da fonte de prova necessária para o seu caso, exige que o juiz diretor, no modelo ora proposto, adote práticas objetivando elidir tal desequilíbrio, ou, se impossível, ao menos minora-lo, mesmo porque, o novo processo é inspirado em normas fundamentais, que garantem as partes paridade de armas, impondo a todos os atores boa-fé e cooperação.

Registra-se, que isso nada tem a ver com insegurança jurídica, como apregoavam os defensores do ônus estático das provas há tempos atrás (KESSEL, 2006, p. 944-945), pois segurança jurídica jamais poderia ter seu significado reduzido a uma mera previsibilidade, principalmente, se de uma injustiça, ainda que gerada pela regra legal do ônus estático, pois nada haverá de seguro num contexto que ignore a proteção efetiva de direitos.

Foi-se o tempo em que o simples fato de haver uma previsão legal vista sob um panorama estrito, garantia segurança. Segurança hoje é saber que sua causa será decidida conforme os valores de justiça humana e constitucional, o que implica inexoravelmente numa distribuição ponderada e refletida dos ônus processuais em geral (KESSEL, 2006, p. 945).

Permitir que a parte tenha o seu hipotético direito violado, pelo fato dela não dispor de uma fonte de prova que se encontre em poder de outro litigante, significa impor um ônus desproporcional a essa parte, em flagrante violação ao devido processo legal substantivo, que não significa a simples aplicação do procedimento legal, mas sim, um processo ético e justo, que respeite os princípios constitucionais e prime pela razoabilidade e efetividade no plano material, para qual o processo é feito (BEDAQUE, 2003, p. 20).

Nesse panorama, a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus deve ser enxergada como um consectário do devido processo legal e da necessidade ontológica de proteção dos direitos materiais, além de estar prevista expressamente no novo Código de Processo Civil.

Nesse contexto, Bedaque (2003, p. 21) ensina que:

"O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da ne-

cessária identidade ideológica entre processo e direito substancial, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica de processo, como instrumento de garantias de direito, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça. Os princípios gerais do direito processual sofrem nítida influência do clima institucional e político do País".

Se cabe ao juiz garantir um desenvolvimento processual sem desequilíbrio entre as partes, não lhe é permitido negar a utilização da técnica em foco, mesmo se faltasse previsão legal específica, tendo em vista que a igualdade de armas pressupõe justamente a possibilidade de se alterar, em situações excepcionais, a distribuição do ônus da prova (KESSEL, 2006, p. 947).

Outrossim, se é permitida ao magistrado a adoção de atividades instrutórias tendentes ao descobrimento da verdade (art. 370 do CPC/2015) e, sendo a inversão do ônus uma técnica alinhada a este poder instrutório, como se concluir pela sua legítima obstaculização (CREMARE, 2009, p. 957).

Indo além, destaca-se ainda, mediante essa proposta de interpretação sistêmica do novo Código de Processo Civil, a conclusão de que a inversão do ônus seria plenamente possível mesmo que não viesse expressamente prevista, especialmente por conta da existência do incidente de exibição de documento ou coisa e dos princípios de lealdade, boa-fé, cooperação e inquisitorialidade.

Outrossim, o art. 373, § 3.º, II, do CPC/2015 veda a inversão convencional do ônus, que acarrete a imposição de uma responsabilidade impossível de ser satisfeita (KESSEL, 2006, p. 944), o que permite concluir, que de igual modo, quando as circunstâncias fáticas tornarem impossível a demonstração de determinado fato por uma das partes, deverá ser invertida esta responsabilidade se a outra tiver possibilidade de assim proceder (CREMARE, 2009, p. 97).

Se a impossibilidade convencional de satisfação do ônus da prova deve ser evitada, não se enxergam razões que justificassem um tratamento diverso para os casos em que a impossibilidade seja contingencial, decorrente das circunstâncias de cada caso concreto, valendo para tanto, inclusive, o antigo princípio da adaptabilidade (BEDAQUE, 2003, p. 60).

Por fim, deve-se ressaltar novamente, o cuidado que deve haver por parte do magistrado, para que não se transfira a responsabilidade de demonstrar algo impossível também para o outro litigante (§ 2.º do art. 373 do CPC/2015).

Nesses casos não caberá inversão do ônus, como dito, mas apenas o seu fluxo, fundado numa juízo de verossimilhança preponderante, como sói recomendar a doutrina tradicional (GRENIER, 2005, p. 793-794), juízo este que é aplicável como regra na maioria dos processos civis e não só nos difíceis.

Não obstante, se a outra parte tiver condições de produzir a prova concernente a determinado fato, deverá o juiz se valer de todos os mecanismos capazes de atender ao direito fundamental de acesso à Justiça na maior medida do possível, como dispõe o novo Código de Processo Civil, ao garantir uma interpretação conforme os valores constitucionais e exigir a cooperação de todos atores processuais em busca de uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6.º).

No atual Estado Democrático de Direito as diferenças devem ser reconhecidas e respeitadas, sem que isto importe em discriminação, de modo que todos os meios capazes de otimização do acesso à justiça devem ser curialmente utilizados e constantemente aprimorados, independentemente de previsão legal minuciosa, pois a inércia do legislador não pode redundar em violação a direitos, no atual paradigma pós-positivista.

## 6. CONCLUSÃO

Em termos gerais, como vimos, a inversão do ônus – ou distribuição dinâmica, atende de maneira direta ao direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que seu escopo primordial é proporcionar a pessoas em situação de inferioridade, iguais condições de acesso à Justiça, ou seja, paridade de armas, como deseja o CPC/2015 em seu art. 7.º.

Não obstante a sua essencialidade, a inversão esbarra em algumas questões específicas, sobre as quais refletimos e cujas conclusões seguem pontuadas de maneira isolada nos tópicos que seguem, a fim de as sistematizarmos melhor.

1. A genuína inversão do ônus da prova, decorrente da impossibilidade ou dificuldade de uma parte em produzir uma prova, terá de ser comunicada a parte onerada, a fim de permitir que ela providencie a prova, evitando-se surpresas e satisfazendo-se o contraditório na maior medida do possível, como dispõem os arts. 9.º, caput, e 373, § 1.º, do CPC/2015.

2. Poderes instrutórios e inversão do ônus não são técnicas que se excluem, mas pelo contrário se complementam, uma vez que, pode ocorrer da prova determinada de ofício estar acessível apenas a quem não fosse inicialmente onerado; neste caso, o juiz se valerá do poder instrutório oficial, determinando a sua exibição, e ao mesmo tempo da inversão do ônus, de modo a forçar a parte que detém a prova a exibí-la.

3. No que tange aos requisitos para a inversão, constatou-se se desnecessária a verossimilhança das alegações, vez que esta gera um fluxo normal do ônus da prova e não uma espécie de inversão.

Queiroz, Luciano Fízi. O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processos*, vol. 1, no. 1, p. 136-140, 2015.

4. Nada obstante, quando da inversão deverá o juiz verificar se é provável que a parte contrária tenha meios de produzir a prova objeto da inversão, sob pena de se criar uma *probatio diabólica* indesejada pelo CPC/2015, em seu art. 373, § 2.º.

5. Por outro lado, ao requisito da impossibilidade ou dificuldade em produzir a prova (hipossuficiência) não se atribui o sentido de carência de informações técnicas, uma vez que tal ampliação seria inútil, pois o único meio de prova capaz de suprir tal carência e a prova pericial, que sempre se encontrará a disposição de ambas as partes, bem como do juiz.

6. Quanto à amplitude de utilização da técnica de inversão do ônus da prova, registra-se que o novo Código de Processo Civil veio ratificar o que já se podia extrair dos princípios constitucionais ligados ao direito fundamental de acesso à Justiça, confirmando assim, o amplo cabimento da técnica em questão, para qualquer hipótese em que ela se mostre necessária, ou seja, em que haja impossibilidade ou dificuldade de uma parte dispor de certa prova, independentemente do direito material discutido.

Destarte, conclui-se que a inversão do ônus, ou distribuição dinâmica, mostra-se como uma medida imperiosa em determinados casos, não em função do direito material discutido ou da aparência de verdade, mas para permitir que todos tenham iguais condições de acesso à Justiça, com paridade de armas que propiciem um acesso efetivo.

## 7. REFERÊNCIAS

- ARELHA RODRIGUES, Marcelo. A distribuição do ônus da prova. In: GONÇALVES, Ada Pellegrini et al. *Direito processual coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 244-253.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil. Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 3.
- BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: que se deve prova rel que não pode probar? In: PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatórias dinâmicas*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. A defesa do consumidor em juízo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 190-201. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1993.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22, p. 133-153. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1997.

Queiroz, Luciano Fízi. O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processos*, vol. 1, no. 1, p. 136-140, 2015.

- BARRON, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRESCIANI, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CELANESE, Piero. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1999, vol. 3.
- CAVALARI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Sistema de direito processual civil*. Campinas: Classic Book, 2000, vol. 2.
- CEMAGNO, Suzana Sarai. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- COSSIGNO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- CRUZ e TUCI, José Rogério. Código do Consumidor e Processo Civil: aspectos polêmicos. *Revista dos Tribunais*, vol. 671, p. 32-39. São Paulo, Ed. RT, set. 1991.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos políticos do processo. In: DINAMARCO, Cândido Rangel et al. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 114-127.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. 3.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 131, p. 51-63, ano 34. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2008.
- FURTADO FRANCO, Adroaldo. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, p. 30-36. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1993.
- GAZI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 13, p. 33-41. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1995.
- GASCON, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005.
- HEITZ, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. *Revista Forense*, vol. 389, p. 43-56. Rio de Janeiro: Forense, jan.-fev. 2007.
- KRUPAS, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos... In: FUX, LUIZ; NERY JUNIOR, Nelson; AZULINA AYOUB WAMARA, Teresa (coord.). *Processo e constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 942-951.

- \_\_\_\_\_. *A prova nos Juízos civil, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista dos Tribunais*, vol. 862, p. 11-21, ano 96. São Paulo: Ed. RT, ago. 2007.
- SANTOS RODRIGUES, Marco Antônio dos. Aparentamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, vol. 1, p. 113-128. Rio de Janeiro, dez. 1996.
- TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza ... Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica, de Vivian von Herwig Fernandes de Oliveira - *RePro* 231/13-35 (DTR(2014)1766).
- Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de Novo Código de Processo Civil, de Marrelo Pacheco Machado - *RePro* 208/295-316 (DTR(2012)44715); e
- Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova). Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC, de Eduardo Cambi - *RePro* 246/85-111 (DTR(2015)13231).