

Cargas dinâmicas da prova no novo CPC

*João Batista Lopes*¹

Professor e desembargador aposentado

1. Introdução

A *teoria das cargas dinâmicas da prova*, também denominada *dinamização do ônus da prova ou flexibilização do ônus da prova*, tem provocado aceso debate entre os especialistas com repercussão nas decisões de nossos tribunais. De um lado, posicionam-se os processualistas qualificados de *ativistas*, segundo os quais as regras legais sobre o ônus da prova têm caráter estático e, por isso, nem sempre permitem solucionar com justiça os casos concretos, razão por que se impõe a flexibilização de tais normas; de outro, postam-se os *garantistas*, fortes no argumento de que a aplicação da teoria gera insegurança em razão de a flexibilização estar impregnada de forte carga de subjetividade.

Como se vê, a opção por uma ou outra corrente exige prévia definição da postura do magistrado no processo e, em particular, na atividade probatória.

Por outras palavras, a questão há de ser enfrentada a partir do exame dos poderes instrutórios do juiz, ou seja, saber qual o papel que ele deve desempenhar na atividade probatória: para uns, deve tomar iniciativa para apuração dos fatos independentemente da atuação das partes; para outros, deve agir em caráter supletivo ou complementar. Uma terceira corrente atribui-lhe poder de iniciativa quando se cuidar de direitos indisponíveis.

O exame em profundidade dos poderes instrutórios do juiz seria, porém, inviável nos estreitos limites deste artigo.

Diante disso, e considerando que a *teoria das cargas dinâmicas da prova* foi albergada no Projeto de novo CPC recentemente aprovado, contentemo-nos com breve análise de suas raízes históricas, perfil doutrinário e dificuldades que serão enfrentadas pelos magistrados e advogados na sua aplicação prática.

2. Origem da teoria das cargas dinâmicas da prova

Atribui-se a PEYRANO, processualista argentino, a formulação da teoria das cargas dinâmicas da prova. Contudo, as raízes dessa ideia vamos encontrá-las em BENTHAM, que, já no século XIX, contrariando a doutrina dominante, sustentava que o ônus da prova incumbia a quem pudesse produzi-la mais facilmente e com menores inconvenientes².

¹ Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO.

² BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. para o castelhano de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. p. 149.

Em verdade, porém, as discussões sobre o ônus da prova são mais antigas, remontando ao Direito Romano, em que, ao lado da máxima *onus probandi incumbit actori*, vigorava o brocardo *reus in excipiendo fit actor*.

Rápida incursão pela história do ônus da prova revela a existência de numerosas posições doutrinárias que, em 1936, SOARES DE FARIA³ examinou na preciosa obra *Principais teorias relativas ao onus probandi* e que podem ser assim sintetizadas:

- a) incumbe o ônus da prova a quem luta por um direito ou objetiva uma liberação relativamente a fatos incertos (WEBBER);
- b) só a alegada mutação de um estado ou situação jurídica precisa ser provada (FITTING);
- c) o ônus da prova cabe a quem dela auferir vantagem (GIANTURCO);
- d) milita presunção da existência de um direito quando ele for fundamentado (BETHMAN-HOLLWEG);
- e) o encargo de provar compete a quem puder satisfazê-lo mais facilmente e menos dispendiosamente (BENTHAM).

Vale a pena, também, mencionar a contribuição de renomados processualistas como ROSENBERG (cabe à parte demonstrar os pressupostos de fato da norma por ela invocada)⁴, CHIOVENDA (para quem incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu, dos extintivos, modificativos e impeditivos)⁵, CARNELUTTI (o ônus da prova cabe à parte que tiver interesse na afirmação)⁶ e VERDE (a solução do problema deve ser encontrada em cada caso concreto)⁷.

O panorama de contrastes que se desenhou na doutrina levou PEYRANO a propor a flexibilização das regras sobre o ônus da prova procedendo ao que RAMBALDO⁸ denominou *giro epistemológico*: a concepção estática, fundada em regras objetivas (v.g., ao autor compete o ônus da prova do fato constitutivo e ao réu, dos extintivos, modificativos e impeditivos) foi substituída por fórmula dinâmica, denominada *teoria das cargas probatórias dinâmicas*, que ele traduziu nos seguintes termos:

(...) De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta 'excepcional' que solo puede funcionar allí donde aquéllas manifestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos 'normales y corrientes' que no son los correspondientes al caso.⁹

Põe-se a questão de saber se se deve a PEYRANO ou a BENTHAM a primazia na adoção da tese da flexibilização do ônus da prova.

³ *Principais teorias relativas ao onus probandi*. Dissertação apresentada na USP, em 1936, em concurso para provimento da Cátedra de Direito Judiciário Civil.

⁴ *La carga de la prueba* (trad.). Buenos Aires: EJE, 1956. p. 113 e p. 119.

⁵ *Instituições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2, p. 379.

⁶ *Sistema*, Pádua: CEDAM, 1936. v. 1, p. 423.

⁷ *L'onere della prova nel processo civile*. 1974. p. 37-38 e p. 48.

⁸ RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico* (artigo que integra a coletânea organizada por PEYRANO e INÉS LÉPORI denominada *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 25.

⁹ *Cargas probatorias dinâmicas*, op. cit., p. 24.

Em verdade, BENTHAM já havia vislumbrado a insuficiência de regras objetivas para solucionar a questão do ônus da prova e, por isso, sustentara que o juiz, em cada caso concreto, atribuisse o encargo à parte que pudesse satisfazê-lo com maior facilidade e menores despesas.¹⁰ Portanto, as regras objetivas defendidas pela doutrina então dominante deveriam, segundo ele, ser substituídas por um critério flexível que atendesse às circunstâncias de cada caso concreto.

Já PEYRANO, como se viu, não defende o descarte das regras objetivas, mas entende que, em casos particulares, elas devam ser afastadas para que se evitem injustiças.¹¹ Sua convicção na superioridade da teoria foi reafirmada em palestra proferida no Rio de Janeiro, em que, reportando-se ao XVII Congresso Argentino de Derecho Procesal, remarcou: (...) “*el onus probandi se independiza de enfoques apriorísticos (hecho a probar, rol del actor o demandado) para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quién está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva*”.¹²

3. Aspectos positivos e objeções à flexibilização do ônus da prova

Mesmo na Argentina, berço de sua formulação, a *teoria das cargas dinâmicas da prova* não é consenso na doutrina. Defendida por PEYRANO e seus seguidores¹³ é, porém, questionada por processualistas como ADOLFO ALVARADO e FERMÍN CANTEROS, que contra ela se posicionaram em palestras proferidas no I Congresso Internacional de Processo Civil realizado em Presidente Prudente, em 2013.

Analisemos, porém, os aspectos positivos da teoria e as objeções que contra ela se levantam.

3.1 Aspectos positivos

É inquestionável que a rigidez do sistema das regras legais sobre o ônus da prova não permite que o juiz atenda às peculiaridades do caso concreto. Por exemplo, nas relações jurídicas não regidas pelo CDC, vê-se o magistrado adstrito ao comando legal no sentido de que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu, a dos extintivos, impeditivos e modificativos. Assim, mesmo verificando a condição de hipossuficiência econômica ou técnica de uma das partes, se não se cuidar de relação de consumo, o julgador se vê jungido à disciplina legal sobre a matéria, sob pena de sua decisão ser acoimada de arbitrária. Também não pode, em princípio, levar em consideração eventual dificuldade de uma das partes para desincumbir-se do ônus da prova.

¹⁰ Op. cit., p. 149.

¹¹ Op. e loc. cit.

¹² *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, palestra publicada em *O processo em perspectiva (homenagem a José Carlos Barbosa Moreira)*, coletânea organizada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 212.

¹³ *O Ateneo de Estudios Del Proceso Civil de Rosario* é um grupo de processualistas em que se discutiu, à larga, a teoria. Em coletânea organizada por WALTER PEYRANO e INÊS LÉPORI, encontramos artigos doutrinários desses dois autores, além de JUAN ALBERTO RAMBALDO, JULIO O. CHIAPPINI, SERGIO JOSÉ BARBERO, HECTOR E. LEGUISAMÓN, IVANA MARÍA AIRASCA, MARÍA BELÉN TEPSICH, MARCOS L. PEYRANO, CARLOS ALBERTO CARBONE, GUILHERMO F. PEYRANO e outros com análise de variados aspectos da doutrina em questão.

Por igual, ainda que se cuide de direitos indisponíveis, encontra ele, em princípio, obstáculo legal à modificação das diretrizes traçadas pelo legislador.

Tem-se, pois, que a teoria das cargas probatórias dinâmicas procura atender ao que a doutrina italiana denomina *parità di armi*, tese que consiste em atribuir ao juiz poderes para assegurar às partes os mesmos instrumentos de atuação no processo para restabelecer o equilíbrio quebrado pela diferença econômica ou cultural. A doutrina alude à justiça substancial, que não pode ser comprometida pelo formalismo do procedimento judicial e pelo apego à literalidade da lei.¹⁴

A paridade de armas (*parità di armi*) é, em substância, reflexo do princípio constitucional da isonomia e, assim, ajusta-se ao modelo constitucional de processo adotado entre nós.

Posto que, na *práxis* forense, não disponha o juiz de poderes suficientes para garantir aos pobres, plenamente, o mesmo *status* dos economicamente ricos – é inquestionável que os hipossuficientes, de modo geral, se defrontam com obstáculos para a defesa de seus direitos – cumpre-lhe, na medida do possível, reduzir esta diferença, conferindo eficácia às garantias constitucionais do processo.

É nesse cenário que a teoria das cargas probatórias dinâmicas ganha relevo a ponto de ter sido contemplada no Projeto recentemente aprovado na Câmara dos Deputados.

3.2 Objeções levantadas contra a teoria

É natural que esse “giro epistemológico” não seja consenso entre os processualistas. Assim, objeções têm sido suscitadas, mas foram analisadas e repelidas por PEYRANO¹⁵, em palestra proferida no Rio de Janeiro, de que se apresenta este breve resumo:

a) Falta de texto legal

A ausência de texto legal não constitui razão para a inadmissibilidade da teoria, seja porque a lei não é a única fonte de direito, seja porque é incontestável a importância das construções pretorianas e da doutrina;

b) Surpresa provocada pela adoção da teoria em suposta ofensa ao princípio do devido processo legal

Essa objeção também não procede, segundo PEYRANO, porque as regras legais sobre o ônus da prova aplicáveis à generalidade dos casos não excluem a incidência das regras da “sana crítica”, cumprindo ao magistrado analisar todas as circunstâncias do caso concreto;

¹⁴ CAPPELLETTI alude à direção material do processo, ou seja, um poder de intervenção e de estímulo conferido pela lei ao juiz na condução do processo (cf. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1972. p. 125).

JOÁN PICÓ I JUNOY sustenta que as partes devem contar com meios iguais de ataque e defesa, uma vez que, para evitar o desequilíbrio processual, é necessário que ambas disponham das mesmas possibilidades e ônus de alegação, prova e impugnação. Concretamente, no que respeita à alegação de fatos no processo, o direito à igualdade de armas tem por objeto evitar uma situação de privilégio de uma das partes, garantindo assim a igualdade efetiva das possibilidades de ônus do autor e do réu na alegação e prova dos fatos controversos para lograr a plenitude do resultado probatório.

(*Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997. p. 132).

¹⁵ Informe sobre doutrina de las cargas probatorias dinámicas. In: *O processo em perspectiva*.

c) Pretendida inutilidade da teoria

Observando que certo crítico preferiu não se identificar, escondendo-se nas iniciais ACP, PEYRANO ressalta que ele critica a teoria, ao argumento de que a solução de casos particulares poderia ser encontrada por outros meios, como a prova do fato negativo, a denominada matéria de prova difícil, os indícios e presunções etc. Contudo, observa que tais elementos não seriam suficientes para resolver casos especiais como o emblemático precedente de que resultou a formulação da teoria das cargas dinâmicas, ou seja, o do erro cometido por médico em cirurgia.

4. A teoria das cargas probatórias dinâmicas no Brasil

A teoria das cargas probatórias dinâmicas já havia merecido aprovação de parte da doutrina com reflexos na jurisprudência pátria, independentemente de previsão legal¹⁶, quando o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil a incluiu expressamente em seu artigo 262, *verbis*:

Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

A redação então adotada estava em harmonia com a posição de BENTHAM e, por isso, poderia implicar, em mãos menos experientes, indiscriminada aplicação da teoria.

Em razão disso, Maria Elizabeth de Castro Lopes e o autor deste texto enviamos, em 2010, ao Senador Walter Pereira proposta de alteração do artigo sobredito, nestes termos:

[...] posto que represente avanço a orientação perfilhada no projeto, é de rigor apontar o risco que decorrerá da adoção da teoria em termos amplos e genéricos.

Com efeito, a mera alusão do projeto a “circunstâncias da causa” e “peculiaridades do fato” poderá conferir, ao juiz, carta branca para flexibilizar o ônus da prova segundo suas impressões ou convicções pessoais.

¹⁶ Entre outros, escreveram sobre o tema DANILO KNIJNIK, *Processo e Constituição* (coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947; ANTONIO JANYR DALL'AGNOL. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, RT 788/98; PAULO ROGÉRIO ZANETI. *O ônus da proa no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)*. Dissertação. PUCSP, 2009. p. 125; SANDRA APARECIDA SÁ DOS SANTOS. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. BRUNO GARCIA REDONDO. *Ônus da prova e distribuição dinâmica*. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva – Estudos em homenagem ao professor SÉRGIO SHIMURA*. Coord., ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, ANSELMO PRIETO ALVAREZ e GILBERTO GOMES BRUSCHI. São Paulo: Saraiva, 2011. Mais recentemente, CAMILO JOSÉ D'AVILA COUTO. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2011.

Exemplos de acórdãos que aplicaram a teoria: TJSP - Agr. Instr. 0139366.74.2011.8.26.000 - 4ª Câmara de Direito Privado - Rel. ENIO ZULIANI - J. 11.8.11, TJSP - Apelação 9161151-07.2009.8.26.0000 - 8ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. CAETANO LAGRASTA NETO - J. 13.10.11, TJRJ - Agr. Instr. 2009.001.02789 - 18ª Câmara Cível - Rel. Des. CRISTINA TEREZA GAULIA, J. 17.3.2009, TJRJ - Agr. Instr. 2009.002.12024 - 9ª Câmara Cível - Rel. Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - J. 31.3.2009, TJSP - Agr. Instr. 1236940003 - 31ª Câmara de Direito Privado - Rel. ADILSON DE ARAÚJO - J. 10.3.2009.

Escusado seria pôr em relevo, portanto, que, em mãos menos experientes, a aplicação da teoria poderia implicar arbitrariedade, razão por que se impõe orientação restritiva para se evitar a indiscriminada invocação da regra.

Contudo, a primitiva redação foi mantida no Senado e só veio a ser modificada na Câmara, consoante art. 380 do PL 8.046/2010, mantido, com pequena alteração de redação, pelo art. 373 e parágrafos da Lei 13.105/2016 (Novo Código de Processo Civil), *verbis*:

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.

§ 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 o juiz 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.

Como se vê, a orientação adotada no novo Código de Processo Civil aproxima-se da teoria exposta por PEYRANO, na medida em que, para a generalidade dos casos, mantém as regras do art. 333 do CPC de 1973, mas admite a flexibilização: a) *quando for impossível ou excessivamente difícil a uma das partes desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído*; b) *quando uma das partes tiver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*.

Como se vê, a flexibilização é admitida não só nas hipóteses de *impossibilidade* ou *excessiva dificuldade* na obtenção da prova, mas também, *sic et simpliciter*, quando uma das partes, a critério do juiz, tiver maior facilidade em demonstrar o fato contrário, permissivo que poderá, na prática, implicar indiscriminada aplicação da teoria.

No que toca ao momento em que a flexibilização deva ser autorizada, o novo Código desfaz qualquer dúvida ao estabelecer, no art. 357, III, que o juiz decidirá a respeito por ocasião do saneamento do processo.

5. Diferença entre a teoria das cargas probatórias dinâmicas e a inversão do ônus da prova

A introdução, no sistema, da flexibilização do ônus da prova suscita a questão de saber se cuidaria de simples extensão da regra do CDC a relações jurídicas por ele não abrangidas.¹⁷

¹⁷ Proposta nesse sentido fora apresentada por SANDRA APARECIDA SÁ DOS SANTOS em dissertação de mestrado defendida na USP, em 2001.

A ideia da flexibilização, porém, não se confunde com a da inversão do ônus da prova.

Em primeiro lugar, por que a inversão tem pressupostos próprios previstos em lei, a saber: a) cuidar-se de relação de consumo; b) ser verossímil a alegação ou c) cuidar-se de consumidor hipossuficiente.

Diversamente, na *flexibilização*, não há inversão, ou seja, decisão oposta à versão (ordem em que se encontram as coisas), mas *imposição*, pelo juiz, do encargo de provar a uma das partes.

Por outras palavras, verificando o juiz a impossibilidade ou extrema dificuldade em que se encontra o autor, ou o réu, de provar suas alegações, atribui diretamente a tarefa da prova ao adversário.

Não há cogitar, pois, de repartição do ônus da prova entre autor e réu, como propusera CHIOVENDA, cuja posição foi acolhida pelo Código de 1973, mas sim de *imputação*, a uma das partes, do encargo de demonstrar suas alegações.

6. O pretendido caráter discricionário do ato judicial que flexibiliza o ônus da prova

Discricionariedade judicial é tema dos mais polêmicos, sendo rica a doutrina a esse respeito¹⁸.

Sem examinar, nesta sede, as vertentes doutrinárias acerca da matéria, verificamos que, no que toca à aplicação da teoria das cargas dinâmicas, a questão da discricionariedade se circunscreve à seguinte indagação: *verificando o juiz que, para uma das partes, é impossível ou extremamente difícil demonstrar suas alegações, mesmo assim, pode deixar de aplicar a flexibilização?*

A resposta é, irrecusavelmente, negativa. A adotar-se entendimento contrário, o juiz converter-se-ia em *dominus processu*¹⁹, ou seja, poderia conduzir o processo segundo suas convicções pessoais ou por razões de conveniência, e não de necessidade e adequação aos parâmetros legais, como lhe compete.

Ad instar do que ocorre com as medidas liminares, em que, quando presentes os requisitos legais, não podem ser indeferidas sob invocação de inconveniência ou inoportunidade, na aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas há um *poder-dever*

¹⁸ Rica é a doutrina acerca da discricionariedade judicial. É clássica a obra de ALESSANDRO RASELLI, que defende a discricionariedade judicial além da administrativa (*Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milão: Giuffrè, 1975. p. 263). No Brasil, BARBOSA MOREIRA defendeu a tese apontando como exemplos o modo de pagamento da pensão alimentar e a fixação do rumo de passagem em favor do prédio encravado (cf. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 261, 2015. No mesmo diapasão, EDUARDO MELO DE MESQUITA: "Na discricionariedade há uma prerrogativa, mercê do 'espaço livre' destinado ao aplicador da norma, para que pronuncie o direito sem exorbitar desse intervalo, nem extrapolar os limites do razoável, do exigível, do adequado, do *proporcional*. Dentro dos quais a adjudicação do poder fora outorgada." (*Tutelas cautelares e antecipadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 342). ALITER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 361-362. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 108-109 e LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RCS Ltda., 2006. p. 16 e p. 82).

¹⁹ MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES ressalta que o juiz não é dono do processo, mas apenas um dos sujeitos da relação processual, devendo exercer suas funções em colaboração com as partes (*O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 15).

do juiz de adotar a dinamização quando preenchidos os pressupostos legais, e não mera faculdade, o que afasta o caráter discricionário da decisão.

Considerando-se, porém, que a lei se vale de *conceitos vagos* ou *indeterminados*, terá o juiz de agir com especial cautela e atenção ao fazer incidir teoria da flexibilização.

Conclusão

É bem-vinda a introdução, no sistema, da flexibilização do ônus da prova, que se harmoniza com as tendências atuais do processo civil cuja finalidade precípua é a tutela de direitos e acesso à plenitude da ordem jurídica.²⁰

Contudo, deve o juiz agir com critério e serenidade, uma vez que, na generalidade dos casos, deve aplicar as regras gerais do ônus da prova, mantidas no *caput* do art. 373 do NCPC, e só excepcionalmente, quando presentes as circunstâncias previstas no parágrafo 1º, fazer incidir a flexibilização.

A orientação seguida pelo legislador ao estender a possibilidade de dinamização à hipótese em que uma das partes tiver maior facilidade na produção da prova deverá ser interpretada com critério e prudência para evitar que o subjetivismo do juiz acarrete indiscriminada aplicação da regra.

Por último, não há falar em discricionariedade judicial na decisão que aplicar a flexibilização, já que, quando demonstrados com segurança os requisitos legais, não sobra para o juiz margem de liberdade para deixar de aplicar a flexibilização.

²⁰ Preferimos aludir a *plenitude da ordem jurídica*, e não a acesso à ordem jurídica justa, uma vez que a atividade jurisdicional não tem o condão de garantir o que a ordem jurídica vigente não garante. Afigura-se-nos, pois, que ao juiz compete garantir o acesso à ordem jurídica *tout court* – por outras palavras, à ordem jurídica vigente – já que não pode conceder à parte mais do que o ordenamento jurídico lhe concede. Basta mencionar o exemplo do salário mínimo, cujo valor, conquanto insuficiente para garantir as necessidades vitais do trabalhador, não pode ser aumentado pelo juiz.

Bibliografia

- BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. para o castelhano de Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema*. Pádua: CEDAM, 1936.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COUTO, Camilo José D'Avila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese. Faculdade de Direito da USP, 2011.
- DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 92-107, jun. 2001.
- KNIJNIK, Danilo. *Processo e Constituição* (coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 15.
- PEYRANO, Jorge Walter. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *O processo em perspectiva – (homenagem a José Carlos Barbosa Moreira)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.
- REDONDO, Bruno Garcia. Ônus da prova e distribuição dinâmica. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva – estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba* (tradução). Buenos Aires: EJEJA, 1956.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SOARES DE FARIA, Sebastião. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. Dissertação apresentada na USP, em 1936, em concurso para provimento da Cátedra de Direito Judiciário Civil.
- VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Nápoles: Jovene, 1974.
- ZANETI, Paulo Rogério. *O ônus da proa no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)*. Dissertação. PUCSP, 2009.