

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E O ÔNUS DA PROVA

Ricardo Canan*

RESUMO: Os princípios da isonomia e da igualdade, que para alguns significam a mesma coisa, possuem especificidades próprias que os diferenciam. Ao observar a produção da prova no processo, a atividade do juiz e a situação – principalmente econômica – das partes, é possível perceber que os dois princípios não são sinônimos e que um pode ajudar a que o outro seja efetivado. Desvendar como o fenômeno ocorre, respeitadas as regras do Direito Processual Civil é o objeto deste pequeno estudo.

PALAVRAS-CHAVE: igualdade – isonomia – prova – juiz – imparcialidade.

1. Introdução

Quando se vai tratar do princípio da igualdade, princípio consagrado no art. 5.º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, o que vem à mente, mormente quando se trata de processo, é a necessidade de interpretar a lei, seus artigos e incisos, de forma a fazer prevalecer a igualdade entre aqueles que, por vontade própria ou não, submeteram à apreciação do Poder Judiciário a sua controvérsia.

Sendo função essencial do Estado Democrático de Direito (art. 2.º, CF), o Poder Judiciário não pode e não deve, jamais, desviar seus olhos da Constituição Federal, de seus valores e dos direitos e garantias que ali estão consagrados. E este cuidado deve ser direcionado tanto na interpretação, quanto na aplicação da lei, seja ela de cunho constitucional ou infraconstitucional.

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário, ao exercer uma de suas funções, isto é, ao conduzir o processo, intervir junto a este para que os litigantes tenham asseguradas suas garantias constitucionais.

Ao tratar de igualdade, mormente no processo, torna-se necessário que seja efetiva a aplicação do princípio da isonomia, para que a desigualdade entre os litigantes não seja fator que venha a contribuir para que a lide seja solucionada positivamente ao litigante que possui condições de suportar suas mazelas, e negativamente para aquele que é economicamente menos favorecido e que não dispõe de condições de demonstrar em juízo tudo o que necessita para fazer prevalecer seu direito.

Em meio ao turbilhão social que fica fielmente retratado no processo, e à desigualdade que mais e mais se afigura presente, encontra-se o magistrado. Dele é o dever de zelar pela busca da igualdade de oportunidades entre os litigantes, dele é o

* Advogado no Paraná, professor de Direito Processual Civil da Universidade Paranaense – Unipar – Campus Toledo, mestrando em Direito Processual e Cidadania pela PUC/PR. E-mail: <rcanan@toledonet.com.br>.

dever de aplicação do princípio da isonomia.

É o escopo do presente, ao trabalhar com diferentes perspectivas de atuação do magistrado na aplicação do princípio da isonomia, tentar, a partir destas, construir e sugerir uma nova visão para a atuação do magistrado no campo da prova, sem que esta atuação venha a conflitar com direitos já consagrados, mas tentando, sempre, tirar o máximo de proveito da legislação posta à disposição dos que dela fazem e farão uso, de conformidade com a Constituição Federal.

2. Igualdade e isonomia

Para que se possa tratar de igualdade e isonomia, é necessário constatar a situação em que se encontra a sociedade, nos dias atuais, exatamente no que se refere ao tema, isto é, analisar como os fenômenos sociais ocorridos principalmente nas três últimas décadas transformaram as relações sociais. De fato, como destaca Sousa Santos (2002, p. 25):

(...) as interações transnacionais conheceram uma intensificação dramática, desde a globalização dos sistemas de produção e das transferências financeiras, à disseminação, a uma escala mundial, de informação e imagens através dos meios de comunicação sociais ou às deslocamentos em massa de pessoas, quer como turistas, quer como trabalhadores migrantes ou refugiados.

Essa intensificação de relações sociais, todavia, não excluiu das relações humanas características que, no decorrer dos séculos, deram origem às mais diversas disputas sociais. A despeito da globalização, continuam existindo brancos, negros, amarelos e mestiços, como continua existindo o racismo. De um lado estão os economicamente abastados e, do outro lado, estão os pobres e os miseráveis, persistindo a discriminação socioeconômica, refletida não tanto por atitudes pessoais, mas principalmente pela impossibilidade de acesso da maioria aos meios e bens que são assegurados pelos direitos fundamentais do homem e do cidadão, direitos estes retratados em tantos diplomas constitucionais e tratados internacionais. Ainda há o prejuízo do todo global para favorecer a política econômica de uma minoria de países, e o desrespeito aos mais elementares direitos, que se vêem obrigados a ceder passo ao capitalismo desenfreado, em que o lucro excessivo é o único fim.

Neste contexto social, caracterizado pela desigual distribuição de renda, alguns dados, dos quais não se pode deixar de dar notícia, são apontados por Sousa Santos (2002, p. 34):

(...) 54 dos 84 países menos desenvolvidos viram o seu PNB 'per capita' decrescer nos anos 80; em 14 deles, a diminuição rondou os 35%;

segundo estimativas nas Nações Unidas, cerca de 1 bilhão e meio de pessoas (1/4 da população mundial!) vive na pobreza absoluta, ou seja, com um rendimento inferior a um dólar por dia, e outros 2 bilhões vivem apenas com o dobro desse rendimento. Segundo o Relatório do Desenvolvimento do Banco Mundial de 1995, o conjunto dos países pobres, onde vivem 85,2% da população mundial, detêm apenas 21,5% do rendimento mundial, enquanto o conjunto dos países ricos, com 14,8% da população mundial, detêm 78,5% do rendimento mundial.

E o autor continua, descrevendo como esta desigualdade se agravou e como tem sido acelerado e acentuado seu aumento:

Nos últimos trinta anos a desigualdade na distribuição dos rendimentos entre países aumentou dramaticamente. A diferença de rendimentos entre o quinto mais rico e o quinto mais pobre era, em 1960, de 30 para 1, em 1990, de 60 para 1 e, em 1997, de 74 para 1. As 200 pessoas mais ricas do mundo aumentaram para mais do dobro a sua riqueza entre 1994 e 1998. Os valores dos três mais ricos bilionários do mundo excedem a soma do produto interno bruto de todos os países menos desenvolvidos do mundo onde vivem 600 milhões de pessoas (SOUSA SANTOS, 2002, p. 35).

E não se pense que no Brasil a situação afigura-se de modo desassemelhado. A desigualdade no tocante à distribuição de renda atinge níveis completamente absurdos.

Socialmente, o Brasil é o país mais injusto do mundo; por um paradoxo, sua riqueza fez seu povo mais pobre e suas elites mais ricas numa proporção de desigualdade que assombra cientistas sociais e juristas de todos os países (BONAVIDES, 2001, p. 30).

Atualmente, dentre a população brasileira que, conforme dados do IBGE, se aproxima dos cento e setenta milhões de habitantes, existem “ (...) sessenta milhões de brasileiros sem pão e sem teto, na orla da pobreza absoluta” (BONAVIDES, 2001, p. 31). Ou seja, pouco mais de um terço (aproximadamente 35%) da população do país não possui, hoje, acesso à alimentação, saúde, moradia ou qualquer dos serviços assistenciais e, sem sombra de dúvida, não possui acesso ao Poder Judiciário.

E, sendo este fenômeno da desigualdade na distribuição de riquezas tanto mundial quanto pátrio, não é estranho que a situação também fique evidente no campo do processo, uma vez que, na lição de Dinamarco, o processo, inserido na ordem fixada na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988

(...) *precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados: ele é, por assim dizer, o 'microcosmos democrático' do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade (DINAMARCO, 1998, p. 25).*

A desigualdade, enquanto analisada no plano do Direito Constitucional, isto é, tomada como algo que necessariamente precisa ser erradicado, sendo este um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 3.º, III e IV, da Constituição Federal, diz respeito à busca da igualdade nas diferenças. Daí tantas lutas das mais diversas classes sociais reivindicando o respeito e garantia do disposto no art. 5.º, *caput* e incisos, da Constituição.

No Brasil impera a desigualdade na educação, na saúde e na alimentação;ⁱ a desigualdade de oportunidades tem feito os pobres cada vez mais pobres e os ricos cada vez mais ricos; o Poder Executivo a cada dia viola a Constituição Federal; o Poder Legislativo é o maior retrato de nepotismo que se tem notícia e legisla para poucos em detrimento do interesse de muitos;ⁱⁱ e o Poder Judiciário – principalmente seus Tribunais Superiores – parece desconhecer completamente a realidade em que está inserida a população.

A igualdade buscada pela multidão insatisfeita, agravada pelo aumento da

ⁱ No Brasil, os bancos têm terras, os comerciantes, as multinacionais e as grandes fábricas, todos se dão o direito de acumular um bem da natureza, seqüestrando-a da possibilidade de uma utilização social. Apenas a construtora CR Almeida é proprietária de sete milhões de hectares de terra no Pará, área superior a diversos países da Europa, e certamente se constitui, como denunciou a revista 'Veja', no maior latifúndio do mundo. (...) Por isso, cultivamos apenas 40 milhões de hectares, dez por cento do potencial do país, e estão condenados à fome 32 milhões de brasileiros, enquanto outros 35 milhões, segundo o IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas, do Ministério do Planejamento), se alimentam aquém das necessidades (STÉDILE, 2001, p. 127).

ⁱⁱ J. J. Calmon de Passos retrata a questão: "Quando dos trabalhos da Constituinte, fui convidado a falar aos integrantes da Comissão responsável pela disciplina a ser dada ao Poder Judiciário. No intervalo para almoço, dirigi-me ao restaurante do Congresso em companhia de ilustre deputado paulista, homem com antiga e relevante militância em partidos de esquerda. No percurso, ele comentou comigo, melancólico: 'Está vendo, Calmon, você aqui se depara com dezenas de lobbies, das forças armadas, do funcionalismo público, das polícias militares, do Ministério Público, do Judiciário, dos banqueiros, dos meios de comunicação e assim por diante. Só um lobby se fez ausente nesta oportunidade – o do povo brasileiro'. Comentei com ele, em resposta a sua ponderação: 'E isso já nos diz para quem vai sobrar'. E realmente sobrou. Nossa Constituição é um festival de autonomias. Exacerbamos a do Ministério Público, constitucionalizamos os direitos dos servidores públicos, chegamos ao requinte de constitucionalizar garantias para os servidores militares, preservando inclusive esta coisa velha e cheirando a coronelismo que são as polícias militares independentes e dissociadas da polícia civil, em tais e tão escandalosos termos que assistimos, entre envergonhados e temerosos, nosso Legislativo se curvar diante dos arreganhos dos coronéis-comandantes quando os escândalos televisados mobilizaram os bríos da sociedade brasileira. Nossa fragilidade política dá pena e isso gera um Congresso ainda à procura do momento para assumir seu real papel na vida política nacional" (2001, p. 109).

litigiosidade tem seus motivos brilhantemente analisados por Furtado Fabrício (1994, p. 235):

(...) a luta pelo espaço vital vai deixando de ser simples metáfora para tornar-se a realidade do dia-a-dia; a competição entre indivíduos e grupos toma cores de guerra sem quartel; a máquina onipresente e multimoda atropela, acidenta, danifica, fere e mata em proporções assustadoras, sem que a possamos dispensar ou sequer controlar; a inquietação e a desigualdade sociais produzem as mais variadas rebeldias e o repúdio a todas as normas de contenção; a conscientização política desvenda os mal-afortunados e os incorpora à multidão dos insatisfeitos e reivindicantes. De tudo resulta o afluxo contínuo de novas e maiores de participantes da atividade jurídica. Não é só a população que aumenta; é o grau de participação de cada indivíduo nos assuntos coletivos que cresce mais e mais.

Não é difícil constatar que o Poder Judiciário, nas causas que lhe são endereçadas, lida em grande número com partes que se encontram em situações desiguais, ao contrário daquilo que ocorria no início do século. A regra, se é permitido arriscar um palpite, não é mais da existência de igualdade entre as partes. Ao contrário, é corriqueiro encontrar processos em que a situação econômica amplamente diferenciada é a tônica da relação jurídica.

A despeito desta situação, a igualdade buscada pela sociedade não pode ser tomada apenas em seu sentido jurídico, sua concepção deve ser mais ampla. Igualdade desta forma, vem definida no Dicionário Aurélio como:

*Igualdade. [Do lat. 'Aequalitate'.] S. f. 1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça. 4. 'Mat'. Propriedade de ser igual. [...] **Igualdade formal.** 'Ér'. Relação de igualdade entre indivíduos e/ou grupos sociais, que se estabelece por meio de categorias abstratas (humanidade, dignidade, cidadania, etc.), e que ger. se define por leis que prescrevem direitos e deveres. **Igualdade material.** 'Ér'. Relação de igualdade entre indivíduos e grupos sociais, e que se estabelece pela mediação de condições concretas, assim como as que asseguram a cada indivíduo a plena satisfação das suas necessidades. **Igualdade moral.** 'Ér'. Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana (FERREIRA, 1999, p. 1074).*

Definir ou conceituar o termo igualdade trata-se de tarefa extremamente difícil. As idéias vagas que as diversas concepções para a mesma palavra fornecem, dão

noção de que igualdade é muito mais um ideal do que uma concreção. Muito mais fácil, e sem dúvida muito mais prático, é saber quando existe a desigualdade e verificar quais pontos devem ser atacados para que seja mitigada.

E se a igualdade material, ante o quadro social apresentado, se afigura praticamente impossível de ser concretamente atingida, também se deve levar em conta que, se o conceito for tomado como sendo o de cada indivíduo possuir exatamente as mesmas condições concretas para a satisfação de suas necessidades, além de ser impossível, também não é de todo desejável, se se considerar que as necessidades, as capacidades de desenvolvimento e de produção variam, de indivíduo para indivíduo. O que se pode desejar, como igualdade, é que cada indivíduo tenha condições de satisfazer suas necessidades pessoais básicas e que, para tanto, lhe seja dada oportunidade para desenvolver-se de maneira a atingir essa satisfação.

Esta igualdade, além de ser possível de ser atingida, também é possível de ser garantida no interior da relação processual. E a garantia da manutenção da igualdade no interior da relação processual se dá pelo princípio da isonomia. Novamente socorremo-nos do dicionário para a verificação daquilo que vem a ser isonomia. "Isonomia. [Do gr. 'Isonomia'.] **S. f. 1.** Estado daqueles que são governados pelas mesmas leis. **2. 'Jur'**. Igualdade de todos perante a lei, assegurada como princípio constitucional" (FERREIRA, 1999, p. 1142).

O princípio da isonomia, conforme a lição de Nery Junior (2000, p. 43), "(...) significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades".

O significado do princípio, por excelência, é a busca da igualdade, ou seja, em processo o juiz deve proporcionar meios para que as partes tenham paridade de armas durante o desenvolvimento da relação jurídica processual. Tal é a lição que se pode inferir do ensinamento de Dinamarco (2001, p. 207):

O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5.º, 'caput', c/c art. 3.º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de 'princípio da igualdade das partes'. Da efetividade deste 'são encarregados o legislador e o juiz', aos quais cabe a dúplici responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. Tal é o significado da fórmula 'tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades'.

Também Grinover (1998, p. 53) se posiciona neste sentido, dando necessários contornos à noção de igualdade e isonomia:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade,

formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

Igualdade e isonomia, assim, apesar de se tratar de conceitos irmãos, não são completamente idênticos. Demonstrar o que vem a ser igualdade por meio de um conceito formado apenas por palavras é tarefa um tanto quanto espinhosa, que nem sempre poderá satisfazer toda a amplitude representada pelo termo. A igualdade é percebida no mundo material e, muito mais que ela própria, fácil é perceber em que situações existem desigualdades.

A isonomia, por outro lado, é conceito muito mais técnico do que perceptível materialmente. É pela aplicação do princípio da isonomia que se busca a igualdade material. Tornou-se necessário, na atual contingência das relações humanas, tanto no interior do processo como em qualquer outra espécie de ação comunicativa realizada pelos seres humanos, dar tratamento desigual para aqueles que são desiguais, na busca constante pela diminuição das diferenças, até que se possa chegar à efetiva igualdade nas diferenças.

O princípio da isonomia está inserido num contexto maior, compreendido pelo princípio da igualdade. A doutrina retratada conceitua isonomia em seu sentido eminentemente processual, ou seja, aponta para a busca da igualdade entre os litigantes. Pois bem, mesmo sem observar esta inserção do princípio da isonomia como espécie de um gênero maior, que é o princípio da igualdade, não há como tratar de isonomia processual sem ter em mente a existência de desigualdade. Sendo papel do juiz dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, pode-se dizer que cabe ao juiz aplicar o princípio da isonomia quando existe, materialmente, desigualdade e abster-se desta aplicação quando materialmente as partes são iguais, isto é, possuem por si próprias as mesmas condições de demonstrar em juízo aquilo que pretendem.

3. A participação do juiz no processo

No atual contexto social em que vivemos, é preciso deixar um pouco de lado os conceitos liberais que instruíram e instruem a atividade judicante. A igualdade deixou de ser uma realidade dos jurisdicionados. No final do século XIX e início do século XX, o Poder Judiciário era utilizado quando ainda pungentes os valores herdados do liberalismo, a proteção jurídica dada ao patrimônio "(...) era suficiente para manter em funcionamento os mecanismos de mercado (...)" (MARINONI, 2000, p. 35) e o consumidor da tutela jurisdicional era a classe mais abastada e que necessitava desta proteção patrimonial. Ademais, havia relutância em atribuir poderes

ao juiz, como ensina Arruda Alvim (2000, p. 28):

O reconhecimento de um tal poder era, então, temido porque representativo do que se entendia como sendo a configuração de um perigo de 'transferência' de poderes aos juízes e isso atritaria mesmo com a pureza da própria função jurisdicional, vale dizer, nublaria a própria significação e a operatividade do princípio da separação de poderes. Se se conferissem aos juízes poderes, havidos então como claramente 'criativos de Direito' – em certa escala –, nisso estaria 'implicando' que se admitiria que os juízes pudessem exercer atividade legislativa.

Atualmente, entretanto, a tônica das relações sociais transformou a relação processual (que antes se dava entre iguais) em uma relação de forças economicamente antagonicas.

Por outro lado, para que haja convivência harmônica entre as três funções do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), é necessário que cada uma esteja atenta e vigilante quanto à fiscalização das atividades realizadas pelas demais, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, posto como objetivo no Preâmbulo da Constituição Federal e instaurado pelo seu art. 1.º, "(...) há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário" (STRECK e MORAIS, 2000, p. 95). E é no interior do Poder Judiciário que se desenrolam os litígios que envolvem estas funções.

O processo civil é regido pelo princípio dispositivo e exige que o juiz permaneça equidistante dos litigantes (terceiro desinteressado), como órgão *ultra pars* e *intra petita*. Todavia, ao pregar uma atuação mais direta do direito em transformar decisões em fato atuante no mundo material, se deve admitir que o magistrado, quando se faz necessário, precisa utilizar os poderes processuais que a legislação lhe confere para fazer imperar o princípio da igualdade, pela aplicação do princípio da isonomia.

Aliás, se se tomar como critério temporal o Código de Processo Civil de 1973 e a Constituição Federal de 1988, pode-se verificar que os poderes do juiz estão, desde então, presentes na legislação. Exemplo claro está nos arts. 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, que (...) consagram o poder cautelar geral do juiz, qualificado na doutrina como inominado ou atípico, exatamente porque se situa fora e além das cautelas específicas previstas pelo legislador (LACERDA, 1998, p. 95). Outro exemplo que pode ser dado, talvez o maior e mais significativo, vem de longa data e é exatamente a consagração do Poder Judiciário como uma das três funções essenciais do Estado (art. 2.º, CF). Mesmo o magistrado que atua na mais longínqua comarca do mais distante Estado membro da nação está investido de poder e é um representante estatal atuando/desempenhando sua função de pacificar o conflito social e fornecer ao jurisdicionado aquilo que é seu, por direito. Isto para falar apenas de

dois diplomas legais.

Sendo exigência cada vez maior da sociedade o cumprimento da tão retratada lição de Chiovenda, de que o Direito deve produzir resultados não somente no mundo jurídico, mas principalmente no mundo material, efetivamente, somando-se a este fato a questão da necessidade de buscar-se a igualdade processual entre as partes, não é surpreendente que os magistrados tenham feito uso, cada vez maior, dos poderes que a lei lhes confere e que, em tempos não tão antigos, podiam ser deixados de lado, esquecidos em meio a outras regras processuais.

Mas se há necessidade de uma maior participação do juiz no desenvolvimento da relação processual e se lhe é exigido que profira sentença capaz de produzir resultados no mundo material, também não seria necessário impor certos limites à atuação do magistrado? Vale dizer, em que extensão o magistrado deve interferir no desenvolvimento do processo, relativamente à atividade reservada aos litigantes?

É aceitável que o juiz atue *ex officio* nas questões consideradas de *ordem pública*, isto é, aquelas que dizem respeito às condições de admissibilidade, validade e desenvolvimento regular do processo. Inaceitável, entretanto, que o magistrado, para todos os casos em que haja necessária provocação, exerça seu poder sem requerimento das partes ou mesmo sem a concordância destas. Por exemplo, o magistrado não pode, na ausência do requerimento de ao menos um dos litigantes, suspender o processo.

Parte da doutrina, como ensina Barbosa Moreira (1989, p. 41), afirma que não pode haver a atuação do magistrado nos momentos em que se manifesta o princípio dispositivo. Todavia, a pura e simples utilização deste princípio para enumerar e restringir a iniciativa do juiz, na lição do autor, não merece maior destaque. Existem casos em que se discute questão afeita a direito indisponível e a vedação à iniciativa do magistrado também se faz presente. Sendo ao juiz vedado tomar a iniciativa, indistintamente da natureza do direito em discussão (disponível ou indisponível), como justificar esta limitação apenas acusando a incidência do princípio dispositivo?

Restringir a iniciativa do juiz, sem dúvida é necessário, como também é plenamente sustentável a idéia de que, em algumas hipóteses, quando houver requerimento da parte, poderá o magistrado atuar, ainda que em campo afeito à atividade dos litigantes. O que complica a situação é apenas a nomenclatura utilizada. Princípio dispositivo, ainda que em seu sentido processual (ou *impróprio*), como aponta Barbosa Moreira (1989, p. 41), diz respeito a direitos que são disponíveis pelas partes, e não à iniciativa do magistrado.

Não somente o direito material, em algumas circunstâncias, pode ser motivo de negociação, disposição ou barganha entre os litigantes. Alguns direitos processuais também sofrem este efeito. Podem as partes, por exemplo, segundo o Código de Processo Civil, de comum acordo, eleger ou *'modificar a competência em razão do valor e do território* (art. 111, *caput*), *reduzir ou prorrogar os prazos dilatatórios* (art. 181, *caput*), suspender o processo por período que *nunca poderá exceder 6 (seis)*

meses (art. 265, II e § 2.º), optar pela *liquidação por arbitramento* (art. 606, I), etc.

A iniciativa do magistrado, assim, sofre mais que um elemento de limitação. Não só a natureza do direito em discussão, como também a vedação de julgamento *ultra, extra* ou *citra petita*, ligado não só à sentença, mas também às decisões interlocutórias, serve como parâmetro para a restrição da atuação do magistrado. A estas duas regras se soma, ainda, o ditado pelos princípios da legalidade e da inércia da jurisdição.

Estando o magistrado investido de poder, isto é, tratando-se de verdadeiro representante de uma das funções exercidas pelo Estado, deverá obedecer aos preceitos legais.

A 'legalidade', como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não pode se afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido (...) (MEIRELLES, 1983, p. 60. No mesmo sentido: MEDAUAR, 1999, p. 138; FIGUEIREDO, 1994, p. 32; e GASPARINI, 1995, p. 06).

Decorrencia deste princípio é que o magistrado, mesmo autorizado a apresentar iniciativa frente a determinada situação, ainda assim deverá obedecer ao preceito legal, que ditará a medida a ser efetivada, e fixará requisitos específicos a serem preenchidos pelas partes e observados (exigidos) pelo juiz para que este possa ter a iniciativa.

Existem, ainda, algumas possibilidades de que o magistrado realize atos *ex officio* que não dizem respeito a questão de ordem pública ou pedido da parte, mas estes atos se destinam, em regra, a proteger o direito dos litigantes, que porventura esteja ameaçado. Tal é o exemplo das providências urgentes de que o magistrado dispõe para a proteção do direito da parte, durante o fluxo temporal em que o processo se encontra suspenso, a teor do disposto nos arts. 266 e 793, do Código de Processo Civil.

A participação do juiz no processo, desta forma, não pode ficar resumida a ouvir aquilo que as partes alegam e proferir decisão. Como terceiro desinteressado, representante de um órgão *ultra pars*, ao juiz é vedado o conhecimento prévio do litígio, vale dizer, o juiz é terceiro desinteressado e que desconhece as razões e os motivos das partes. Todavia, como esclarece Dinamarco (2001, p. 228), “Sendo missão do Estado-juiz o exercício da jurisdição, ele atua no processo com o objetivo de preparar e afinal conceder a tutela pacificadora, que constitui solene promessa constitucional”. E a atuação do juiz deve ser no sentido não só de proferir uma decisão de mérito, mas também de “(...) *dar efetividade*’ aos direitos (DINAMARCO, 2001, p. 229), cabendo a ele dirigir o *processo conforme as disposições* da Lei, não se podendo a atividade que desenvolve de modo a torná-lo mero espectador.

Se o juiz, em princípio, é terceiro que desconhece os fatos, é dever e ônus das partes torná-lo conhecedor destes mesmos fatos. E a este ônus-dever das partes soma-se o poder-dever do juiz de, por si próprio, buscar tomar conhecimento dos fatos para bem julgar. Daí uma grande justificativa de serem atribuídos ao magistrado alguns poderes instrutórios, uma vez que é pela prova produzida pelas partes – e também determinada pelo próprio juiz – que este último se tornará sabedor dos fatos.

Portanto, em grande medida, a iniciativa do juiz justifica-se pela necessidade de que ele se mantenha equidistante das partes, em postura de imparcialidade e neutralidade. Por outro lado, em determinadas situações somente a atividade judicante pode fazer com que se resolva o litígio com alguma segurança. Fica então o magistrado em meio a uma contraposição dos princípios dispositivo e inquisitório, não podendo aplicar este de forma desregrada e não podendo deixar o processo se desenrolar-se somente sob a tutela daquele. Cabe ao juiz, desta forma, garantir não só que os litigantes tenham as mesmas oportunidades de demonstrar aquilo que pretendem, mas que efetivamente possam realizar essa demonstração.

4. O ônus da prova: a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

A manutenção do princípio da igualdade, por meio da aplicação do princípio da isonomia, pode também ser resultante da iniciativa probatória do magistrado. Esta, inclusive, é a nova tendência que se encontra tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mormente quando se trata de relação de consumo, regulada pela Lei n.º 8.078/90 e da inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova nas relações de consumo exige dois requisitos para que possa operar. Tais requisitos, a verossimilhança da alegação e/ou a hipossuficiência do consumidor, podem figurar juntos ou separadamente, isto é, não se exige concomitância de ambos para que seja invertido o ônus da prova em favor do consumidor. Exige-se, para que haja a inversão do ônus da prova, a teor do disposto no art. 6.º, VIII, do CDC, ou que a parte apresente alegação que, de pronto, se manifeste verossímil ou que apresente características de hipossuficiência, ou ambas. Neste sentido já decidiu o STJ:

*Responsabilidade civil. Indenização. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Débito. Pagamento. Inversão do ônus da prova. 1 - Deixando o autor de comprovar a quitação da dívida por qualquer meio de prova em direito admitido, não se pode pretender a negatificação junto ao cadastro de inadimplentes. 2 - A denominada inversão do 'onus probandi' a que se refere o inciso VIII do art. 6º do CDC, fica subordinada ao critério do Juízo quando **provável a alegação ou quando hipossuficiente o consumidor**, segundo regras ordinárias de*

experiência. Depende, portanto, de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Tais circunstâncias, no caso dos autos, foram consideradas inócorrentes pela instância ordinária, sendo vedado o seu reexame por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 3 - Recurso especial não conhecido. (REsp 327195/DF – 2001/0061743-8 – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – 3ª T. do STJ – j. 18/09/2001 – DJ 15/10/2001. Grifo nosso).

E da mesma forma entendeu o TJRJ.

Cartão de crédito. Revisão do contrato. Prova pericial. Inversão do ônus da prova. Art. 6º inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor. Agravo de instrumento. Direito do Consumidor. Prova. Inversão do ônus. Só é possível a inversão do ônus da prova em se tratando de consumidor hipossuficiente e se houver verossimilhança na sua alegação, segundo as regras da experiência comum (CDC, art. 6º, VIII). A inversão do ônus da prova não pode representar óbice intransponível à cognição dos fatos, segundo o alegado pelas partes, sob pena de vulneração da razoabilidade que se exige para a concretização da norma decorrente do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição, a admitir no processo todas as provas obtidas por meios lícitos. A inversão do ônus da prova não implica necessariamente em se imputar à parte adversária do consumidor o ônus do custeio das diligências, inclusive periciais, para a realização da prova. Prevalência do entendimento estabelecido no Enunciado nº 10, do CEDES: “Constitui direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, respeitados os pressupostos previstos no art. 6º, VIII, do CDC, sem implicar na reversão do custeio, em especial quanto aos honorários do perito”. Em sede de relação de consumo, pela responsabilidade objetiva do fornecedor da mercadoria ou do prestador do serviço (CDC, arts. 12 a 14), a estes incumbe a demonstração da regularidade do serviço e do produto, o que não se pode atribuir ao consumidor, mesmo porque este não tem o domínio da situação. Proclamando a inversão do ônus da prova em decisão motivada, o juiz ensejará à parte adversária do consumidor a realização de prova, sob seu custeio, que venha a elidir a sua responsabilidade objetiva, ciente de que, se não o fizer, na cognição do mérito incidirá a referida inversão dos ônus da prova. Provimento parcial do recurso. (Agravo De Instrumento – Processo nº 2001.002.18057 – 14.ª Câmara. C. do TJRJ – Rel. Des. Nagib Slaibi Filho – r. 18/04/2002 – j. 19/03/2002. Grifo nosso).

A questão maior, entretanto, não se trata da verificação da presença, já que a verificação da hipossuficiência e da verossimilhança da alegação do consumidor são critérios que possuem, inclusive, forma de avaliação legal, isto é, o juízo para apurar estes critérios é baseado nas *regras ordinárias da experiência*. O problema reside, sim, em determinar o momento em que haverá a inversão do ônus da prova e a abrangência que ele terá.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que a inversão do ônus da prova do art. 6.º, VIII, do CDC não se trata de inversão legal, uma vez que a critério do magistrado é que estarão sendo verificados os pressupostos que autorizam a medida. Inversão legal do ônus da prova pode-se admitir nos casos em que se fixa a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, como é o caso dos arts. 12, § 3.º, II e 14, § 3.º, I, ambos do CDC, que prevêm a presunção do vício. Sendo inversão judicial, entretanto, o momento em que deve ocorrer a inversão, quer parecer, ainda assim não deve mudar.

O ônus da prova "(...) é de fundamental importância quando a prova não há, e não quando há" (ALMEIDA; TALAMINI; WAMBIER, 1998. p. 487). A prova não pertence à parte, é sempre destinada ao juiz da causa, cabendo à parte apenas manusear a prova em seu favor. Ao juiz compete julgar com base em todos os elementos de prova inseridos no processo, pouco importando quem a produziu.

Se prova há (foi produzida, não importando por quem), as regras do ônus da prova são totalmente desnecessárias. Provados os fatos, o juiz tão-somente os adequará à norma jurídica pertinente. Mas se prova não há, necessário se torna que o sistema trace os princípios a serem trilhados pelo juiz para chegar à justa solução da demanda. Assim, dota-se o julgador de regras a norteá-lo a atividade e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis (ALMEIDA; TALAMINI; WAMBIER, 1998. p. 487).

Vale dizer, o magistrado, ao final do processo, pode chegar a três juízos. No primeiro deles, ou seja, o da certeza, pouco importará quem produziu a prova, uma vez que, de todas aquelas presentes nos autos, formou-se a convicção do juiz em determinado sentido, pouco importando quem produziu ou não a prova. Num segundo juízo, o de probabilidade, o juiz estará quase convencido do resultado a ser destinado para o processo, haverá grande chance de que a decisão do magistrado esteja certa. Provavelmente o estará. Neste caso, também pouco importará quem tenha produzido a(s) prova(s) que tenha(m) convencido o magistrado. Somente num terceiro juízo, o de perplexidade, é que o juiz deverá fazer uso do ônus da prova. Permanecendo, mesmo após a análise de todo o conjunto probatório, a dúvida a respeito do desfecho a ser dado ao processo, somente neste caso é que o juiz passará a verificar se a prova produzida pelo autor foi suficiente para provar os fatos constitutivos de seu direito e

se a prova produzida pelo réu foi suficiente para demonstrar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor. Afí se opera a regra do ônus da prova.

O ônus da prova, desta forma, é instituto que somente pode ser tomado como base para julgamento após ter sido analisado todo o conjunto probatório e, mesmo assim, perdurar a dúvida. Outro não é o entendimento do STJ:

Direito cambial. Processo civil. Execução. Embargos. Promissória. Credor e devedor da relação originária. Negócio subjacente. Preenchimento abusivo. Confissão. Depoimento pessoal do embargado. Prova. Ônus. I – Sendo exeqüente e executado, respectivamente, credor e devedor da relação fundamental que deu ensejo ao surgimento do título, pode o último, em sede de embargos a execução, opor as exceções pessoais que lhe assistam, inclusive ausência do próprio vínculo obrigacional e preenchimento abusivo da cártula. II – Entendendo o Acórdão caracterizado o abuso no preenchimento do título, descabe ao Superior Tribunal de Justiça avaliar os motivos determinantes de tal decisão, por demandar tal proceder revolvimento de matéria fáctica. III – Ao juiz, frente a moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em globalidade, sem perquirir a quem competiria o ‘onus probandi’. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação de seu convencimento. (REsp 11468/RS – 1991/0010706-9 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 4ª T. do STJ – j. 07/04/1992 – DJ 11/05/1992 – LEXSTJ 35/177. Grifo nosso).

Ação Civil Pública – Recurso Especial – Inversão do ônus de provar o alegado na inicial – Julgamento ‘ultra’ e ‘extra petita’ – Inexistência – Recurso improvido – A convicção do juiz resulta do exame feito, sobre o conjunto probatório, sem indagar a quem competiria o ‘onus probandi’, como determina o art. 332 do CPC – Não há julgamento ‘ultra’ ou ‘extra petita’, o juiz, acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade as penas cominadas pelo Art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92. (REsp 324282/MT – 2001/0064720-2 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – 1ª T. do STJ – j. 05/02/2002 – DJ 01/04/2002).

Em que pese este primeiro e original entendimento a respeito do ônus da prova, interessante observar que o instituto trazido pelo Código de Defesa do Consumidor é mais incisivo que o do Código de Processo Civil. “Há quem admita que por tal motivo possa o juiz decretar a inversão do ônus da prova já no despacho da petição inicial (...)” (THEODORO JR., 2001, p. 141). Todavia, a solução seria

precipitada, uma vez que nem se sabe, ainda, se haverá resposta do réu ou mesmo participação deste no processo.

Não pode o magistrado simplesmente inverter o ônus da prova por parecer, com a leitura da inicial, que existe a probabilidade do direito do autor. A probabilidade de que trata o CDC, como anteriormente visto, difere da verossimilhança de que trata o art. 273, CPC ou do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* de que trata o art. 801, também do CPC.

Por outro lado, mesmo não podendo ser utilizado o critério da inversão do ônus da prova em outro momento que não a sentença, é dever do magistrado cientificar a parte de que este critério poderá ser utilizado. Theodoro Junior (2001, p. 141) adverte no sentido de que "(...) no momento da sentença, a inversão seria medida tardia porque já encerrada a atividade instrutória". E continua afirmando que, caso ocorresse somente na sentença "(...) ter-se-ia uma surpresa intolerável e irremediável, em franca oposição aos princípios de segurança e lealdade imprescindíveis à cooperação de todos os sujeitos do processo (...)".

O momento para que se proceda a inversão do ônus da prova, entretanto, não pode ser mudado, simplesmente pelo fato de que, em determinadas ocasiões não haverá necessidade da utilização do instituto para que haja julgamento. Todavia, existindo, após a contestação, elementos que configurem presentes os requisitos da verossimilhança da alegação do autor e/ou da hipossuficiência, poderá o juiz dar ciência às partes de que, se necessário, fará uso do ônus da prova, invertendo-o em favor da parte hipossuficiente.

O magistrado, entretanto, jamais pode determinar que a parte produza esta ou aquela prova. A produção da prova requerida na inicial ou na contestação é ônus da parte e somente desta. Se o juiz pretende convencer-se de algo e julga que é necessária a produção de determinada prova para tanto, que a determine. Se a parte necessita de uma prova que não possui condições financeiras de realizar, que requeira em juízo, provando sua hipossuficiência. Não pode o magistrado, todavia, obrigar arbitrariamente que a parte produza uma prova que não requereu, como já entendeu o TJPR, a cuja jurisprudência se pede vênua para apresentar integralmente, pela necessidade de que todos os argumentos sejam apreciados:

A decisão singular determinou à empresa/ré, ora agravante, antecipar o pagamento dos honorários do perito. E o fez acertadamente, sob o fundamento de que a lide resulta de uma relação de consumo sendo portanto perfeitamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à inversão do ônus da prova, de onde surge a responsabilidade da requerida pagar também os honorários periciais (...). Os argumentos da agravante não infirmam o acerto da decisão agravada. A assertiva de que não tem interesse na produção da prova pericial não é de ser acolhida, não apenas porque não guarda

razoabilidade, mas porque na medida em que na lide lhe é atribuída a causa de lesões corporais nas vítimas/agravados, por utilização de produto que teria colocado no mercado de consumo sem as advertências de cautela estabelecidas em lei, assume o ônus da prova de sua defesa, com vistas à exclusão de sua responsabilidade, por força do disposto no inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor: Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VIII a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (...) O argumento da agravante, de que os agravados não são beneficiários de assistência judiciária, pelo que lhes caberia o ônus, não é pertinente. A inversão do ônus da prova é estabelecida no Código de Defesa do Consumidor não apenas sendo hipossuficiente o consumidor, mas também, como é o caso em exame, mostrando-se verossímil a pretensão deduzida na lide. Assim, diversamente do que alega a agravante, o Código de Defesa do Consumidor não é omissivo em relação à matéria de que cuida o recurso, estando a obrigação de adiantamento dos honorários do perito compreendida no princípio da inversão do ônus da sucumbência. Como corolário de tal princípio, é do interesse da ré/agravante a realização da prova pericial, não havendo qualquer coação ilegal na decisão agravada. Assim, é de se negar provimento ao recurso. (Ag.I. 95.468-9 – Des. Rel. Dilmar Kessler – 4ª Câm. C. do TJPR – j. 11/10/2000).

Ao determinar que a ré arcasse com os honorários do perito, mesmo sem lhe ter sido requerido ou mesmo tendo dela desistido, o acórdão feriu o princípio dispositivo. Mesmo que o consumidor/autor se tratasse de parte hipossuficiente e que suas alegações fossem verossímeis, ainda assim não poderia o magistrado ter determinado que a ré custeasse a prova pericial. Ao inverter o ônus da prova, o magistrado passaria a considerar que o ônus de demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor passaria a ser da ré, isto é, a empresa teria interesse e necessidade em produzir a prova pericial (e neste ponto o acórdão acertou). Todavia, sendo interesse da ré a produção da prova pericial, e não tendo este sequer sido requerido ou havendo desistência, cabe ao magistrado considerar como verdadeiras as alegações do consumidor/autor, pois no momento da sentença o magistrado iria aplicar as regras do ônus da prova, já invertido. A realização da perícia, neste caso, representou desperdício de tempo e dinheiro, já que o ônus da prova resolveria a questão.

Mais correta, desta forma, decisão do TJRS:

Quando, a critério do juiz, configura-se a hipótese de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6.º, VIII, do CDC, sob pena de nulidade, é mister a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverte o ônus, para que prove o fato controvertido. A inversão sem esta cautela, implicará em surpresa e cerceamento de defesa. (AC 194.110.664. R. de Direito do Consumidor, v. 14/114).

Ainda, ao fixar um ponto controvertido e dar ciência às partes de que irá, caso necessário, utilizar o critério do ônus da prova de forma invertida, ao magistrado não interessa a forma como será provado, nem se irá ou não haver a produção da prova, pois o ônus de provar já estará alterado e as partes já estarão cientes das consequências que advirão do ônus não observado. O magistrado não pode determinar que a parte arque com valores que não lhe interessam despende. Assim julgou o TJRJ:

Ação de indenização. Produção de provas. Inversão do ônus da prova. Agravo de instrumento. Recurso negado. Agravo de Instrumento. Ação indenizatória. Decisão que, saneando o processo principal, determinou a inversão do ônus da prova. Inteligência da Lei 8078/90. Norma de ordem pública. Relação de consumo. A inversão probatória se dá em prol da hipossuficiência e da vulnerabilidade do consumidor. Livre convencimento (art. 131 do CPC). É o julgador o real destinatário das provas carreadas aos autos. Verossimilhança das alegações. O prudente arbítrio do Juiz entendeu plausíveis as razões inaugurais. Inverter o ônus da prova não significa fazer o agravante suportar as despesas processuais. Decisão inalterada. Recurso desprovido. (Ag. I. 2001.002.12515 – Des. Rel. Carpena Amorim – 8ª Câm. C. do TJRJ – r. 24/04/2002 – j. 19/03/2002. (Grifo nosso).

E, no mesmo sentido, julgado do mesmo Tribunal:

Ação de indenização. C.de Defesa do Consumidor. Assistência jurídica gratuita. Prova pericial. Inversão do ônus da prova. Honorários de perito. Responsabilidade pelo pagamento. Agravo provido. Código de Defesa do Consumidor. Gratuidade de justiça. Ônus da prova. Não pode a parte contrária ser compelida a arcar com as despesas dos honorários periciais, quando tal prova não foi por ela proposta, sob o fundamento da verificação de relação de consumo e da hipossuficiência da parte autora, afastando a correta aplicação do art. 6., VIII, da Lei n. 8078/90. Provimento ao agravo. (Ag. I. 2001.002.11464 – Des. Rel. Paulo Sérgio Fabião – 1.ª Câm. C. do TJRJ – r. 18/04/2002 – j. 12/03/2002).

Pode-se afirmar, sem medo de cometer pecado, que a inversão do ônus da prova refere-se somente ao ônus da prova, não à forma de produção desta ou à iniciativa probatória do magistrado. O critério de julgamento com base na análise do ônus da prova surgirá somente na sentença, esteja ou não invertido este ônus. Nenhum magistrado tem o poder de determinar que a parte produza esta ou aquela prova. Mesmo havendo a inversão do ônus, ainda assim a prova representa iniciativa da parte e possibilidade que dela a parte disponha, se assim desejar.

5. A iniciativa probatória do juiz e o ônus da prova no Código de Processo Civil

A matéria de iniciativa probatória do juiz, não de hoje já tratou de estabelecer divergência entre a doutrina. Talvez por ser, como afirmado por Barbosa Moreira (1989, p. 44), questão que “(...) guarde maior fidelidade à denominação princípio dispositivo”.

Como grande expressão do princípio dispositivo, os poderes do juiz no campo da iniciativa probatória receberam interpretação, por alguns doutrinadores, que os restringiram a serem utilizados somente em último caso, isto é, quando o juiz, mesmo analisando o contexto das provas que foram aos autos trazidas pelas partes, ainda permanece em dúvida. Outra não é a opinião de Amaral Santos (1981, p. 326), que afirma ser o poder da iniciativa judicial “(...) supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença”.

Para Arruda Alvim (1997, p. 455), da mesma forma, o juiz somente poderá adentrar na atividade probatória

(...) tendo em vista a necessidade da prova para formar sua convicção (...) e, ainda assim, o juiz (...) deverá fazê-lo sempre subsidiariamente, não suprimindo as omissões da parte inerte.

Já Greco Filho (1995, p. 228) mantém posição semelhante e, pode-se dizer, até mais restritiva, pois não admite que o juiz determine a produção de nova prova, mas apenas atue “(...) de maneira a complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento”.

Em rumo contrário, outra parte da doutrina manifesta-se por maior amplitude interpretativa do art. 130, do CPC. Marinoni (2000, p. 102), em mais de uma oportunidade, afirma que:

O princípio da imparcialidade do juiz não é empecilho para a participação ativa do julgador na instrução; ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte.

Em outro lugar, o mesmo autor, acompanhado de Arenhart, afirma:

(...) é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo a sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da 'verdade', e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo (MARINONI; ARENHART, 2001, P. 301).

Desta opinião compartilha Bedaque (2001, p. 111), que leciona:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por que concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

Muito embora as duas teses retratadas pareçam antagônicas – e de fato o são em alguns pontos – não se pode categoricamente afirmar que são inconciliáveis. Aliás, quer parecer que a diferenciação das teorias provém mais da origem do que do resultado que se visa obter ao aplicar uma ou outra. Enquanto a primeira teoria parte de um princípio em que os litigantes teriam iguais condições materiais e processuais, levando-a a concluir que ao juiz não é dado interferir onde já existe igualdade, pois de tal interferência decorreria quebra da isonomia, a segunda teoria parte de situação contrária, isto é, do fato de que a isonomia consistiria em dar diferente tratamento para as partes na busca de lhes proporcionar iguais oportunidades, levando à conclusão de que seu raciocínio parte de uma desigualdade entre as partes.

Ainda, a primeira teoria considera, pelo que se pode notar, suficiente a verdade que se pode apurar do conjunto probatório trazido aos autos pelas partes, cabendo ao julgador o papel de analisar, ao final, quem tem razão, observando, na persistência da dúvida, a regra da divisão do ônus da prova. Já a segunda teoria afirma categoricamente que o magistrado deve buscar a verdade material, pouco importando a verdade trazida aos autos pelas partes, por meio da prova que tenham produzido. Como a prova é direcionada ao convencimento do magistrado, este deve determinar sua produção até o momento que se considere convicto, ou ao menos até o momento

em que possa avaliar ser improvável sua convicção e então parta para a regra do ônus da prova.

Não se abdicar, aqui, da posição assumida em item anterior deste trabalho, onde foi apontada a tamanha desproporção econômica na qual está inserida a população. Chega a ser dever do jurista questionar se não é a desigualdade a regra, sendo a igualdade exceção. Todavia, um primeiro juízo a ser realizado pelo julgador, quando com o processo em mãos, é exatamente verificar a situação dos litigantes. Se a igualdade está presente, cabe a aplicação da primeira teoria. Mesmo que necessária a participação do juiz (e não se nega que é), esta participação, quando presente a igualdade processual, deve ser mais restrita. Vale dizer, ao magistrado caberá a iniciativa probatória quando não totalmente convencido pelas provas produzidas pelas partes ou, ainda, quando requerido pelas próprias partes que o magistrado produza a prova. Na lição de Pimenta Bueno, citado por Bandeira de Mello (1999, p. 18):

A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.

É, impossível, porém, deixar de admitir que o juiz possa determinar a produção de uma prova requerida por uma das partes, mesmo que elas apresentem igualdade processual, pelo fato de que, em determinados casos, ambas serão hipossuficientes e nenhuma delas terá condições de produzir a prova. Nestes casos, mesmo havendo a igualdade, a escassez de recursos econômicos poderá inviabilizar a prova, cabendo ao juiz sua produção, tenha sido ela requerida pela parte, tenha o magistrado apurado sua necessidade.

A experiência mostra que a 'imparcialidade' não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio 'ativismo' (DINAMARCO, 2001, p. 54).

Por outro lado, lembrando do dever de compromisso com o proposto no início do trabalho, quando se afirmou a necessidade de o magistrado garantir, pela aplicação do princípio da isonomia, a igualdade das partes, é imperioso que, configurada uma situação de desigualdade, tome o juiz a iniciativa de supri-la, mesmo que, para tanto, necessite determinar a produção da prova. Não seria ato de imparcialidade do juiz. Em verdade, a isonomia consiste, como dito alhures, em tratar desigualmente os desiguais e igualmente os desiguais. Este, além de ser um conceito que pode ser dado

ao princípio da isonomia, também, mas em parte, no que diz ao princípio da igualdade se o deve reconhecer, eis que “validade como ponto de partida (...) mas (...) deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas” (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 10).

A isonomia visa que se chegue à igualdade. Portanto, se, de início, é dado tratamento desigual para os desiguais, é porque a busca vai no sentido de, ao final, poder o mesmo tratamento ser destinado àqueles que eram desiguais e já não o são. Aliás, a produção judicial da prova nestes casos não pode ser tida como parcial também porque, muitas vezes, o magistrado busca a elucidação de um fato, mas não sabe ao certo o que irá obter ao determinar a produção da prova, muito embora saiba exatamente a questão que visa elucidar.

Se o valor igualdade deve ser tão preservado, quando presente, quanto buscado, quando ausente, apoiar-se em apenas uma das teorias aqui discutidas é optar por um dos extremos e sacrificar, irremediavelmente, situação com a qual o Direito tem o dever constitucional de ocupar-se (art. 5.º, XXXV,CF/88). Portanto, o proposto espelhou-se não só nas tendências modernas ou passadas do processo civil – até porque segue tendências maiores, constitucionais – mas sim em valores inerentes menos à dogmática isolada e mais ao contexto social em que estão inseridos, tanto o processo quanto a sociedade, pois esta, afinal, é a razão de ser do direito e por esta justifica-se a proposta que aqui se realiza.

7. Conclusão

A temática envolvida no trabalho, de cunho majoritariamente processual, não o torna restrito apenas a este tema. A elaboração do presente vagou também pelo Direito Constitucional, pelo Direito do Consumidor e pela Sociologia. Assim, apresentam-se, neste item, alguns tópicos apurados ao longo da elaboração do trabalho e que podem ser tomados por conclusões.

1. O processo civil está, sempre, inserido na realidade socioeconômica da sociedade em que se desenvolve, portanto, refletirá os valores e anseios desta mesma sociedade.

2. A atual sociedade brasileira encontra-se imersa numa descomunal desigualdade de renda, em que os mais ricos tendem a aumentar seus bens e os mais tendem a ficar cada vez mais pobres. Neste contexto, está inserido o processo civil brasileiro.

3. Também neste processo devem ser resguardados os valores constitucionais e buscada a igualdade, por meio do princípio da isonomia.

4. É dever do juiz, desta forma, participar ativamente do processo, aplicando o princípio da isonomia, para que se possa chegar à igualdade, sempre que a medida seja necessária.

5. Uma das formas de participação do juiz no processo se dá pela inversão do

ônus da prova, mormente no que diz respeito aos processos que envolvam relação de consumo e, portanto, pedem aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

6. Medida autorizada expressamente pelo CDC é a inversão do ônus da prova, que pode se dar nas hipóteses em que a lei assim o determina ou pela apreciação judicial da presença dos requisitos *verossimilhança da alegação do consumidor e/ou hipossuficiência do consumidor*.

7. Esta inversão do ônus da prova, todavia, não significa que o juiz possa determinar qual prova a parte irá produzir, mas que o juiz deve informar às partes que, caso se faça necessário a utilização do critério do ônus da prova, para a realização do julgamento da causa, este se dará de forma invertida, conforme autoriza a lei.

8. A inversão do ônus da prova não é restrita apenas aos casos em que exista relação de consumo, e conseqüente aplicação do CDC. A medida pode ser utilizada pelo juiz sempre que a parte realizar requerimento para tanto e demonstrar que não possui condições de figurar no litígio com paridade de armas em relação a seu adversário, vale dizer, sempre que ficar ameaçada a igualdade processual o juiz deve aplicar o princípio da isonomia, sendo a inversão do ônus da prova uma forma de aplicação deste princípio.

9. A inversão do ônus da prova, em todo caso, somente deverá ser adotada pelo magistrado quando necessária para dirimir a igualdade processual. Uma vez restabelecida a igualdade, não mais será legítima a inversão do ônus da prova ou a iniciativa probatória do magistrado, que aí estará configurando atuação parcial e, portanto, despida de um dos requisitos para o bem julgar.

8. Referências

ALMEIDA, Flávio Renato de; TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 6. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 1981.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5, t. 1. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de Direito Processual Civil**: parte geral. 6. ed., v. 1. São Paulo: R. dos Tribunais, 1997.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento. 6. ed., v. 2. São Paulo, R. dos Tribunais, 1997.

_____. Obrigações de fazer e não fazer: direito material e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 99, p. 27-39, jul./set. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual – quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. 2. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2000.

_____. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1-3. São Paulo: Malheiros, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: **O Judiciário e a Constituição** (Coord. Sálvio Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo aurélio século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 11. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.

- GRINOVER, Ada Pellegrini et. all. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**: arts. 795 a 812. 7. ed., v. 8, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Tutela específica**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 9. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1983.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. Os processos da globalização. In: **A globalização e as Ciências Sociais** (Org. Boaventura de Souza Santos). São Paulo: Cortez, 2002.
- STÉDILE, João Pedro. Fincar raízes, sonhar para o futuro. In: **Para entender o Brasil** (Org. Luiz Antonio Aguiar). São Paulo: Alegro, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.

EL PRINCIPIO DE LA ISONOMÍA Y EL CARGO DE LA PRUEBA

RESUMEN: Los principios de la isonomía y de la igualdad, que para algunos significan la misma cosa, tienen especificidades propias. Al observar la producción de la prueba en el proceso, la actividad del juez y la situación – principalmente económica – de las partes, es posible percibir que los dos principios no son sinónimos y que uno puede ayudar a que el otro sea realizado. Aclarar como el fenómeno ocurre, respectadas las reglas del Derecho Civil es el objetivo de este pequeño estudio.

PALABRAS-CLAVE: Igualdad – Isonomía – Prueba – Juez – Imparcialidad.

Recebido para publicação em: 02/06/2003

Aceito para publicação em: 30/06/2003