

UMA APLICAÇÃO DA SITUAÇÃO IDEAL DA FALA AO PROCESSO CIVIL

Paulo Henrique Resende Marques ¹

Fecha de publicación: 01/04/2014

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Da verdade no processo 3. Da teoria do agir comunicativo (uma análise da “situação ideal da fala” aplicada ao processo civil) 4. Princípio da adequação 5. Princípio da cooperação 6. Juiz participativo 7. Conclusão 8. Bibliografia.

RESUMO:

Este artigo, diante da constatação da incerteza de ser verdade o que foi decidido pelo juiz em última instância, procura aplicar a “situação ideal da fala” presente no conceito de “agir comunicativo” de Jürgen Habermas ao processo civil. Não se omite que este filósofo do direito em sua obra “Direito e Democracia – Entre facticidade e validade” afirma que o agir comunicativo (das partes) não precisa estar presente em um discurso processual (discurso de aplicação), ainda assim, tenta-se neste estudo fazer uma ligação da “situação ideal da fala” com o processo civil (neste ponto que se encontra o ineditismo deste artigo). Após isso, passaremos pelos significados de “princípio da adequação”, “princípio da cooperação” e “juiz participativo”, uma vez que são formas de uma melhor aplicação da “situação ideal da fala” ao processo civil, sendo, conseqüentemente, modos de se tentar buscar com mais precisão a verdade no processo.

Palavras-chaves: agir comunicativo; situação ideal da fala;

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

verdade processual; princípio da adequação; princípio da cooperação; juiz participativo.

1 INTRODUÇÃO

Diante da percepção de que não há como haver um grau de certeza do conteúdo do que foi decidido pelo magistrado em definitivo no processo, necessário que seja respeitado um procedimento, com base no qual se possa afirmar que a decisão do magistrado chegou o mais perto possível de uma constatação dos fatos tais como efetivamente ocorreram. Uma forma de realização deste procedimento ocorre pela aplicação da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e de alguns princípios processuais em discussão atualmente, não se nega o fato de haver críticas a essa teoria, nem dela haver sido complementada pela Teoria Discursiva do Direito. O que se pretende utilizar nesse estudo não é a conclusão da teoria do agir comunicativo, mas sim, a fundamentação dela, isso porque, impossível entender que no processo (seja civil ou penal) se possa chegar à certeza de uma verdade, porém a aplicação de alguns preceitos dessa teoria, combinado com os princípios que serão expostos ao final deste estudo, podem contribuir para tentar aproximar-se ao máximo, no processo judicial, dos fatos tal como realmente aconteceram.

2 DA VERDADE NO PROCESSO

Fundamental compreender que uma verdade absoluta jamais será atingida a nível processual, ou pelo menos, nunca saberemos se o que foi decidido correspondeu ou não ao que realmente aconteceu. Apenas a título de exemplo, uma testemunha que depõe em audiência presta seu depoimento no mínimo cinco meses após o ocorrido. Isso sem contar hipóteses de “compra” de testemunhas, de magistrados, falsificação de documento, conluio entre as partes para atingir fim vedado em lei, etc.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, mostrando posicionamento de Giovani Verde, ressaltam que as próprias regras de nosso ordenamento jurídico impedem que se possa sempre obter uma verdade no processo:

no processo, as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para “descobrir a verdade”, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso do instrumento público). Diante dessa proteção legal (de forte intensidade) a outros interesses, ou,

ainda, da submissão do mecanismo de “revelação da verdade” a certos requisitos, parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito (e, em especial, o processo) tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser.²

Assim, entendemos que por mais que haja um verdadeiro discurso entre as partes, não se pode garantir que a verdade foi alcançada, isso, aliás, foi percebido pelo próprio Jürgen Habermas: “a pressuposição de uma verdade consensual poderia autorizar mentiras formalmente consentidas, ou que a factível ausência de consenso poderia ser interpretada como a inexistência sobre a verdade.”³

O fato é que aplicando preceitos referentes à “situação ideal da fala” (*será melhor explicado a frente*), haverá uma probabilidade maior da decisão final do processo ser justa. Afinal de contas, o processo civil trabalha com probabilidades. Tanto é assim, que o Tribunal pode reformar ou anular uma decisão de um juiz de primeiro grau porque a lei entende que há maior probabilidade de um colegiado de desembargadores (em tese mais experiente) proferir a decisão correta.

Uma das razões que muitas vezes impede que haja um resultado justo no processo, levando a uma conclusão que seja baseada em fatos que não ocorreram ou que tenha declarado inexistentes fatos que efetivamente aconteceram, é a falta de igualdade entre os demandantes, o que propicia que a parte economicamente mais forte possa usar melhor as “regras” do processo.

Habermas em seu livro “Direito e Democracia – entre facticidade e validade” é expresso a mencionar a necessidade de igualdade entre os litigantes. Ele estabelece cinco direitos fundamentais que são decorrentes do Princípio do Discurso, conforme os três primeiros, a) a todos, dentro de uma comunidade jurídica, devem ser asseguradas as mesmas liberdades, sendo que, b) não pode haver uma expatriação de cidadão, sem que este queira renunciar a condição de membro, e também, deve haver a existência de direito a emigração, por fim, c) caso alguém tenha um direito violado, deve ser assegurado seu direito de acionar o “Poder Judiciário”⁴ (as aspas se justificam pelo fato de Habermas não utilizar tal expressão). Quando ele explica esse terceiro direito que ressalta a necessidade de igualdade entre as

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 253. v. 2.

3 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 133.

4 LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e Socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005. p. 131-132.

partes:

A institucionalização jurídica do código de direito exige [...] a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões. Do caráter obrigatório do direito resulta a exigência de que o direito vigente, em casos de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial. Pessoas de direito só podem mobilizar as autorizações ao uso da força, acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritariamente e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis. À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei etc.⁵

Pois bem, diante dessa falta de isonomia material, o Poder Legislativo vem editando algumas normas que equilibram a participação dos litigantes, como o Código de Defesa do Consumidor, que no inciso VIII, do art. 6º, possibilita que o juiz inverta o ônus da prova na hipótese do consumidor ser hipossuficiente. A princípio, cabe à parte postulante provar o alegado, mas nessa situação específica de desigualdade fática prevista no CDC, caberá ao demandado provar a improcedência do pedido autoral. Outra medida adotada atualmente, porém, não no âmbito legislativo, mas jurisdicional, é a possibilidade do juiz, ainda que sem previsão legal, realizar atitudes que garantam um verdadeiro discurso no processo judicial, com o objetivo de chegar a uma decisão justa.

Devido a isso, o artigo passará a uma análise da fundamentação da teoria do agir comunicativo (com foco na aplicação da “situação ideal da fala” ao processo civil) e posteriormente, discorrerá sobre o princípio da adequação, princípio da cooperação e também sobre o juiz participativo.

3 DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO (UMA ANÁLISE DA “SITUAÇÃO IDEAL DA FALA” APLICADA AO PROCESSO CIVIL)

A teoria do agir comunicativo será utilizada com ressalvas, visto que raras vezes haverá um consenso no processo. O que se pretende é apenas utilizar os requisitos da “situação ideal da fala” e aplicá-los no que for possível a uma lide processual. Deve-se entender aqui (*e somente aqui*) o discurso

5 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1. p. 161-162.

como uma forma de convencimento do juiz, deve-se presumir que estando este convencido, chegaram as partes a um consenso, *isto, repita-se, apenas para fins de fazer uma ligação com o processo civil.*

Importante afirmar, a fim de não distorcer o entendimento de Jürgen Habermas, que este trabalho tenta fazer uma ligação do agir comunicativo com o processo civil *tendo ciência de que para este filósofo o agir comunicativo (das partes) não precisa estar presente em um processo (discurso de aplicação),* já que, ainda que haja um agir estratégico (racional) das partes – será melhor explicado seu significado – a decisão do magistrado será baseado em um juízo imparcial:

Em sua argumentação jurídica, as partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade. *Enquanto na argumentação moral predomina o “agir comunicativo”, num processo judicial as partes introduzem “estrategicamente” argumentos capazes de conduzir a uma decisão que lhes seja favorável. Mesmo assim, para Habermas, a despeito do “agir estratégico” das partes, em razão do elevado grau de racionalidade do processo, a prática decisional permitirá ao juiz a formação de um juízo de aplicação imparcial. [...]*

O discurso de aplicação [jurisdição] viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo. Logo, afasta-se de uma argumentação exclusivamente moral, que deve sustentar-se, tão somente, na ação comunicativa dos falantes⁶. (grifo nosso)

Feita esta constatação, prossegue-se no objetivo deste estudo, explicando melhor alguns conceitos, como o de “agir comunicativo”. Cabe fazer uma diferenciação entre atos de fala ordinários (atos comunicativos) e o discurso, que é uma forma específica de se comunicar. Quando falamos que o outono é a estação do ano na qual as árvores perdem suas folhas, estamos apenas trazendo uma informação de conhecimento comum, mas se pretendermos debater a obrigatoriedade ou não do uso de cinto de segurança em automóveis estaremos efetivamente tentando fundamentar uma norma de caráter coletivo. Conceitualmente temos que:

- 1) Atos comunicativos, através dos quais os participantes aceitam ingenuamente, sem discussão, pretensões de validade que formam o consenso básico.
- 2) Discursos ou discussões, nas quais os participantes não trocam informações, não conduzem ou realizam ações, nem fazem experiências novas, mas

6 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1. p. 197-198.

procuram argumentos aptos a fundamentar pretensões de validade”⁷.

Dentro do discurso, vale realizar algumas diferenciações do conceito de “agir”. Conforme Habermas há o agir racional teleológico e o agir comunicativo. Aquele é dividido entre o agir instrumental e o agir estratégico (racional). Esse agir racional teleológico está mais relacionado a uma finalidade, ao cumprimento de um objetivo, não se baseia na busca do entendimento entre os participantes do discurso. O agir instrumental está ligado há uma influência de alguém para se chegar a certa finalidade, tomando esse alguém apenas como um objeto para esse fim. Já o “agir estratégico funciona por intermédio do engodo que o agente produz, indicando ilusoriamente um fim como objetivo de sua ação, mas desejando subjetivamente fim diverso”⁸, podemos citar, como exemplo simplório, o empregado que elogia o patrão apenas para obter melhorias profissionais. *Nas palavras de Habermas* temos que:

Por trabalho ou *acção racional teleológica* entendo ou a acção instrumental ou a escolha racional ou, então, uma combinação das duas. A acção instrumental orienta-se *por regras técnicas* que se apoiam no saber empírico. Estas regras implicam em cada caso prognoses sobre eventos observáveis, físicos ou sociais; tais prognoses podem revelar-se verdadeiras ou falsas. O comportamento da escolha racional orienta-se por *estratégias* que se baseiam num saber analítico. Implicam deduções de regras de preferência (sistema de valores) e máximas gerais; estas proposições estão deduzidas de uma modo correcto ou falso. A acção racional teleológica realiza fins definidos sob condições dadas; mas, enquanto a acção instrumental organiza meios que são adequados ou inadequados segundo critérios de um controle eficiente da realidade, a acção estratégica depende apenas de uma valoração correcta de possíveis alternativas de comportamento, que só pode obter-se de uma dedução feita com o auxílio de valores e máximas⁹.

Nota-se, novamente, que no agir estratégico não há uma preocupação em que haja um convencimento das partes dos argumentos levantados, ao contrário do que ocorre no agir comunicativo.

7 SIEBENEICHER, 2003, *apud* SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 89.

8 GALUPPO, 2002, *apud* SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 90-91.

9 HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como “Ideologia”. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições70, 2011. p. 57.

Deixa-se claro aqui, como já mencionado, que para Habermas, é permitido que o agir das partes no processo seja um agir estratégico, sendo que ele não vê problema nisso, ao contrário, entende como inerente a própria argumentação processual:

a distribuição dos papéis sociais no processo produz uma simetria entre a promotoria e a defesa (no processo penal), ou entre a acusação e o acusado (no processo civil). E, durante a condução das negociações, o tribunal pode assumir, de diferentes maneiras, o papel do terceiro imparcial – levantando ativamente provas ou observando de modo neutro. Durante a instância da prova, os ônus da prova são regulados de modo mais ou menos claro para os participantes do processo. O próprio processo da prova é estruturado de modo agonístico, como uma disputa entre partes que perseguem seus próprios interesses. [...] os papéis da participação no processo são definidos de tal maneira que o levantamento de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade. Porém, como acontece no processo do júri anglo-saxão, os espaços da ação estratégica estão organizados de tal forma que possivelmente todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas são tematizados. O tribunal apoia neles a sua avaliação dos fatos e seu julgamento jurídico¹⁰.

Ou seja, por mais que haja atitudes estratégicas pelas partes com o objetivo de atingir uma vitória processual, o magistrado se comporta de maneira imparcial, tanto no decorrer do procedimento judicial como ao final, com a prolação da sentença, o que permite o agir estratégico no discurso de aplicação (jurisdicional). Esta ideia foi manifestada por Habermas apenas na década de 90, em sua obra “Direito e Democracia – entre facticidade e validade”, ou seja, posteriormente a Teoria do Agir Comunicativo.

O agir que importa para um discurso (conforme a ideia inicial presente na Teoria do Agir Comunicativo) não é o agir estratégico, mas o agir comunicativo, sendo que este está “voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores”¹¹.

10 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1. p. 293.

11 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 91.

Para que haja um verdadeiro discurso é necessário que seja obedecido um determinado procedimento, neste ponto que entra a “situação ideal de fala”, que corresponde a um modelo ideal de discurso, esse modelo possui algumas condições, que uma vez presentes, garantem a legitimidade do discurso. Podemos afirmar que a “situação ideal da fala” possui:

como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista no que concerne ao conceito de mundo da vida)]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motiva e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.¹²

Fundamental frisar que, como já afirmado acima, o processo judicial permite ações estratégicas das partes, já que a imparcialidade na jurisdição independe do agir comunicativo dos litigantes. Mesmo assim, sem negar o que foi dito acima, esse artigo pretende fazer um paralelo entre os requisitos da “situação ideal da fala” com o processo civil, o que se passa a realizar abaixo:

a) “igualdade na oportunidade de fala”: Ambas as partes do processo devem ter a mesma oportunidade de se manifestar em juízo, acontece que, para haver essa igualdade, necessário que haja algumas atitudes do próprio magistrado. É sobre esses atos do juiz e os princípios relacionados a ele que se debaterá nos capítulos seguintes, razão pela qual, não haverá um aprofundamento neste momento. Vejamos apenas um exemplo, para, no tópico posterior, realizar a explicação. O Código de Processo Civil prevê o prazo de 15 (quinze) dias para o réu contestar o pedido autoral, pois o legislador entendeu que esse prazo é razoável para o advogado do demandado ler a petição inicial e realizar a defesa, sendo que, de fato tal prazo possui razoabilidade. Mas pensemos na hipótese de essa petição inicial estiver acompanhada de cem documentos, totalizando mais de mil páginas, impossível que o réu consiga efetivamente se defender em prazo de quinze dias, inviabilizando, assim, uma resposta efetiva deste. Ou seja, enquanto o autor da inicial pode ter tido semanas para ler todos aqueles documentos antes de entrar com o processo, o réu terá apenas 15 (quinze

12 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. p. 89.

dias). Nesse caso deve ser aplicado o princípio da adequação, que será visto mais a frente.

b) “*medium linguístico*” referente a uma dimensão sintática e semântica: Aqui podemos mencionar alguns artigos do Código de Processo Civil. Conforme o art. 284 deste Código: “Verificando o juiz que a petição inicial [...] apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”. Note-se assim, que se forem utilizadas expressões que não forem compreendidas pelo juiz, o autor deverá corrigir sua exordial a fim de permitir uma perfeita compreensão de seu conteúdo. Ainda neste Código, vale trazer o art. 156: “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo” e o art. 157: “Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado”. Percebe-se, então, que para as partes do processo poderem entender o significado de todas as informações nele presentes, tais informações devem estar em língua portuguesa, que é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

c) “ilimitação de tempo para se obter o acordo”: como afirmado anteriormente, para fins deste artigo devemos entender o acordo como a tomada de decisão pelo magistrado. De fato, o juiz não possui um prazo para chegar ao seu posicionamento final, podendo realizar vários atos (de ofício) para atingir o seu convencimento. Não em vão, que o parágrafo único do art. 132 do Código de Processo Civil afirma que: “[...] o juiz que proferir a sentença, se entender necessário poderá mandar repetir as provas já produzidas”, o que leva a um prolongamento temporal do discurso para o juiz chegar a uma decisão. Até mesmo quando o processo estiver no Tribunal, em grau de recurso, podem os desembargadores repetirem provas produzidas em primeira instância.

Esta questão da ilimitação no tempo não é tão simples, tanto é assim, que cabe mostrar uma passagem de Habermas que vai até um pouco de encontro ao que foi dito acima:

Mesmo que não haja, legalmente, nenhuma duração máxima para processos, há prazos (especialmente nas instâncias dos tribunais de revisão e de apelação) que impedem que questões conflitivas sejam tratadas de modo dilatório e fora do direito¹³.

Não se omite que há prazo para as partes e também que o art. 198 do

13 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1. p. 293.

CPC prevê a perda de competência para o juiz que irrazoavelmente exceder os prazos previstos em lei e, portanto, causar uma demora processual, porém, não podemos esquecer que o processo pode se estender no tempo por fatores que vão além da circunstância do magistrado ou das partes excederem os prazos previstos legalmente.

d) “sinceridade, crença naquilo que se fala”: aqui podemos fazer um paralelo com a própria litigância de má-fé, quando a parte, sabendo não possuir o direito discutido em juízo, continua a dar curso à marcha processual apenas para prejudicar a parte contrária ou postergar uma condenação (de pagar quantia, por exemplo). Apesar de a parte saber serem falsos seus argumentos, continua-os utilizando com os objetivos acima. Encaixa-se perfeitamente neste momento o art. 14 do Código de Processo Civil, este reza: “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; [...] III - não produzir pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento [...]”. Pode-se mencionar também o art. 17 daquele Código: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos [...]”.

Este ponto merece uma consideração importante. Mostramos como exemplo acima condutas punidas pelo Código de Processo Civil, porém, devemos entender que a ausência de ideologia é natural em uma argumentação processual, já que:

o discurso de aplicação “liberta” o discurso de fundamentação de mais uma das condições transcendentais da teoria do agir comunicativo, qual seja, da inexistência de ideologia conduzindo o discurso das partes envolvidas, vez que, de antemão, o processo judicial já supõe que as partes agem estrategicamente, colacionando argumentos que possam trazer-lhes uma decisão favorável¹⁴.

Mas há um limite para isso, no sentido de que a parte não pode alegar defesas destituídas de fundamentos, apenas para atrasar a marcha processual, razão pela qual, neste ponto foram citados como exemplo os artigos 14 e 17 do CPC.

e) “ausência de coação interna ou externa”: esta questão permite que seja mencionado o artigo 95 da Constituição da República e os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil. Conforme o primeiro, os juízes

14 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 199.

possuem 3 (três) garantias, que são a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, a partir do momento em que o magistrado possui tais prerrogativas, fica menos suscetível a decidir com base em futuras represálias funcionais (coaçoões externas). Já os outros dois artigos se referem a casos onde há uma presunção posta pela lei de impossibilidade do juiz julgar de forma imparcial, sendo que nesse caso a relação seria mais com uma coação interna do que externa, por exemplo, podemos citar o impedimento de o juiz julgar um processo em que parente (até terceiro grau) seja parte.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar algumas atitudes judiciais que permitem o resultado mais justo possível em um processo, aumentado não só o equilíbrio entre as partes (indo assim ao encontro do inciso I, artigo 125 do Código de Processo Civil¹⁵), mas também, a possibilidade de se chegar a uma decisão que considere os fatos tal como ocorreram.

4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

Pelo princípio da adequação, o juiz, diante de certas peculiaridades, pode adequar o procedimento ao caso concreto, sendo que, sempre deverá fundamentar o motivo de estar realizando uma modificação nas regras gerais. O professor Fredie Didier muito bem se manifesta sobre tal princípio: “Se a adequação do procedimento é um direito fundamental, cabe ao órgão jurisdicional efetivá-lo, quando diante de uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que impede a efetivação de um direito fundamental”.¹⁶

Assim, no exemplo mostrado no item “a” do capítulo anterior, deve o juiz, ainda que não haja previsão legal, aumentar o prazo de resposta do réu, pois há uma peculiaridade, que é o fato da exordial possuir mais de 1.000 (mil) documentos.

Ressalta-se que o princípio da adequação deve ser aplicado tanto a nível legislativo quanto jurisdicional. A análise feita acima foi referente a este segundo nível, ao permitir que o juiz possa adaptar o procedimento às hipóteses específicas de um caso concreto.

No caso da adequação do processo pelo legislador, parti-se da presunção de que determinados processos necessitariam fugir das regras

15 “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

16 DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual**: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodvim. 2012. p. 83

gerais, Fredie Didier, ao utilizar os ensinamentos de Galeno Lacerda, explica como isto funciona:

A adequação do processo apresenta-se, segundo Galeno Lacerda, sob os aspectos subjetivos, objetivo e teleológico, que não se excluem, antes se inter-relacionam.

A adequação subjetiva do processo se opera em razão dos litigantes [...]

A adequação teleológica do procedimento faz-se de acordo com as diversas funções a que visa [...]

Três são, basicamente, os critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual da urgência.¹⁷

Conclui-se, assim, que o princípio da adequação permite que o processo possa fugir do curso que normalmente seguiria, devido à presença de uma situação especial no caso concreto, sendo que, isso pode ocorrer ainda que não haja autorização legal (como mostrado acima, essa é apenas uma faceta do princípio da adequação, mas para esse artigo, a essa que deve ser dada mais ênfase, já que estamos tratando de medidas judiciais aptas a garantir um efetivo discurso).

5 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Tema que está em voga é o referente ao princípio da cooperação processual. Daniel Mitidiero afirma que a “colaboração é um modelo de processo civil e é um princípio” e continua:

A colaboração é um modelo de processo civil que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral do fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo como centro da sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional.¹⁸

17 DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual**: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. p. 81.

18 MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 194, abr. 2011. p. 57-58.

Fredie Didier traz alguns deveres decorrentes desse princípio, sendo que faz uma divisão entre deveres das partes e do órgão jurisdicional. Àquelas se aplicam o dever de esclarecimento (as partes devem realizar seus pedidos de forma clara e coerente); o dever de lealdade (vedação da litigância de má-fé) e; o dever de proteção (proibição de uma parte causar dano injusto à outra).¹⁹

No que se refere aos deveres do órgão jurisdicional, vale transcrever as ideias desse professor:

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual [...] O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. [...] O *dever de consulta* é variante do *dever de informar*, aspecto do *dever de esclarecimento*, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. [...] Tem o magistrado, ainda, o *dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas*. Trata-se do chamado *dever de prevenção*, variante do *dever de proteção*.²⁰

Percebe-se que deve haver repartição do trabalho entre os sujeitos processuais para que o processo judicial consiga atingir seu objetivo, que do ponto de vista ético²¹, pode ser considerado a “busca tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz”.²² Ou seja, deve

¹⁹ DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual**: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodvim. 2012. p. 90.

²⁰ DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual**: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. p. 91-93.

²¹ “Do ponto de vista social, *o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo*. Nessa quadra, assim como a sociedade pode ser compreendida como um empreendimento de cooperação entre os seus membros visando à obtenção de proveito mútuo, também o Estado deixa de ter um papel de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 194, abr. 2011. p. 59).

²² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao

haver responsabilidade de comportamentos prejudiciais ao processo, ainda que o realizador de tal ato não tenha a intenção de levar a um prejuízo, podemos citar como exemplo o exequente que realiza uma execução provisória e posteriormente a sentença é reformada (neste caso terá que “reparar os danos que o executado haja sofrido” - art. 475-O, CPC).

6 JUIZ PARTICIPATIVO

Ao lado desse conceito de princípio da cooperação processual está o de “juiz participativo”²³, pois ambos são formas de se buscar a verdade no processo. Tal ideia de juiz participativo serve para tentar aplicar de forma real o princípio do contraditório, já que para este ser efetivo não basta que as partes tenham ciência (e direito a manifestação) dos atos processuais, sendo necessário, também, uma participação ativa do julgador para proporcionar que ambas as partes estejam em situações iguais:

Não se deve perder de vista, portanto, que o fenômeno contraditório, segundo concepção moderna, não está limitado à atividade das partes. Abrange também a ideia de participação ativa do juiz no desenvolvimento da relação processual e na construção do conjunto probatório, como fator importante de equilíbrio do contraditório²⁴.

Cândido Rangel Dinamarco mostra duas situações em que há o abandono da posição inerte do magistrado para ir ao encontro de uma real posição ativa no processo, são elas a iniciativa probatória e o diálogo processual, conforme a primeira situação, o contraditório exige que o juiz:

saia de uma postura de indiferença e, percebendo possibilidade de alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que se produzam. Exige-lhe também [...] que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pôde diligenciar.²⁵

Tanto é assim, que o art. 130 do CPC é expresso ao autorizar o juiz

diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 194, abr. 2011. p. 60.

²³ BEDAQUE. José Roberto dos Santos Bedaque. Os elementos objetivos da demanda examinadas à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 21.

²⁴ BEDAQUE. José Roberto dos Santos Bedaque. Os elementos objetivos da demanda examinadas à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil** (questões polêmicas). p. 23.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 527.

a determinar provas de ofício que serão utilizadas na instrução do processo.

Já a segunda situação refere-se ao diálogo que deve haver entre o juiz e as partes da lide, sendo que “a experiência mostra que ele [juiz] não perde a equidistância entre as partes quando tenta *conciliá-las*, avançando prudentemente em considerações sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as *adverte* da necessidade de provar melhor”²⁶. Ou seja, o magistrado, quando percebe algo (não alegado pelos litigantes) que possa influenciar no julgamento da decisão, deve abrir oportunidade para as partes se manifestarem, a fim de que possam influenciar na decisão do juiz referente a ponto não debatido nos autos.

Essa é uma tendência tão presente, que o projeto de novo Código de Processo Civil, no seu art. 10 estabelece que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria de sobre a qual tenha que decidir de ofício”.²⁷ De fato este entendimento é algo recente e isto pode ser percebido por decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo pela desnecessidade de oitiva das partes quando o juiz se pronunciar sobre assuntos que tenha que se manifestar de ofício: “Tratando-se de prescrição direta, pode sua decretação ocorrer de ofício, sem prévia oitiva da exequente” (STJ; AgRg-Ag 1.294.299; Proc. 2010/0056702-1; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Julg. 03/02/2011; DJE 10/02/2011).

Louvável o posicionamento adotado pelo projeto de novo Código de Processo Civil, uma vez que as partes podem trazer aos autos algo que o juiz não tinha conhecimento, sendo que, caso tivesse, decidiria de outro modo, evitando assim, um recurso judicial desnecessário.

Como exemplo, podemos citar o juiz que ao receber a petição inicial percebe que pode extinguir o processo com resolução de mérito por prescrição, porém, decide ouvir a parte, descobrindo a presença de uma das hipóteses do art. 197 do Código Civil e a conseqüente não ocorrência da prescrição (aqui está presente o dever de consulta decorrente do princípio da adequação).

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. p. 528.

²⁷ BRASIL. Projeto de Lei 8046/2010 – Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, apesar da impossibilidade de se ter a certeza da veracidade da decisão final proferida pelo magistrado no processo, pode-se adotar medidas que permitam uma decisão mais justa possível.

Embora não tenhamos a certeza da qualidade da conclusão a que chegou a lide judicial, podemos saber se o procedimento correto foi adotado. Isso, aliás, pode gerar argumentações no sentido da preponderância do procedimento sobre o conteúdo no processo civil. Porém, essa preponderância não é absoluta, uma vez que o artigo 485 do Código de Processo Civil permite a rescisão da sentença transitada em julgada em hipóteses que o contido na decisão final se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou na própria ação rescisória.

O procedimento a ser obedecido deve ser não só o imposto pelo legislador, mas também, o aplicado pelo magistrado como decorrência do princípio do contraditório e do devido processo legal. Ou seja, *para que haja uma igualdade material entre as partes e, conseqüentemente seja cumprido o requisito da “situação ideal da fala” (no que se refere ao requisito da “igualdade na oportunidade de fala”), necessário que o juiz realize algumas medidas, que são as presentes nos tópicos “5”, “6” e “7” do presente artigo.*

Pois bem, a partir do momento que o magistrado passa a tomar uma posição ativa no processo – adequando o procedimento a situações peculiares do caso concreto, realizando atividades probatórias de ofício aptas a possibilitar um melhor julgamento do mérito e também, mas não só, estando em efetivo diálogo com as partes – estará propiciando que seu julgamento final de mérito possa ser uma decisão justa.

8 BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE. José Roberto dos Santos Bedaque. Os elementos objetivos da demanda examinadas à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil** (questões polêmicas). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2011. AgRg-Ag 1.294.299/RS. PRIMEIRA TURMA. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJ 03/02/2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 16 ago.

2012.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual**: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodvim. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

HABERMAS. Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guildo A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. 1.

_____. **Técnica e Ciência como “Ideologia”**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições70, 2011.

LUCHI, José Pedro (Org.). **Linguagem e Socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 194, abr. 2011.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad: Vilmar Schneider. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.