Os poderes instrutórios do magistrado à luz do pensamento de Jurgen Habermas: uma análise da linguagem e o direito probatório

The investigation is archived powers of the judge in the light of the thought of Jurgen Habermas: an analysis of language and the law of evidence

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes
Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Especialista em Direito Processual Civil e Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor- assistente na mesma Instituição. Assessor do Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo.

RESUMO

O presente estudo te por escopo analisar os poderes instrutórios do magistrado sob uma nova perspectiva. A doutrina processualista tem como fundamento o debate doutrina sobre questões doutrinárias: prazos, formas de interposição de recursos, forma de elaboração de peças, ou seja, filigranas jurídicas. Em uma vertente mais filosófica, pretende-se analisar os poderes instrutórios do magistrado na concepção de Jurgen Habermas, Insta esclarecer que, no sistema processual atual já não se pode mais admitir que o juiz seja completamente inerte. É necessário, para tanto, que o magistrado, na busca da verdade processual, desenvolva vários atos com o intuito de "forçar" as partes a colaborar na busca dessa verdade. Ao que tudo indica, analisando detidamente a doutrina sobre a verdade em Habermas, leva-se a crer que sua concepção muito se aproxima com a lógica defendida nesse manuscrito, razão pela qual ele se mostra de extrema importância no cenário jurídico contemporâneo.

Palavras-chave: poderes instrutórios; ativismo judicial; verdade em habermas

ABSTRACT

This study will examine the scope of powers of investigation is archived Magistrate from a new perspective. The doctrine is based proceduralist debate doctrine on doctrinal issues: deadlines, forms of appeals, form development parts, namely legal filigree. On a more philosophical aspect, we intend to analyze the powers of investigation is archived Magistrate in designing Jurgen Habermas, Insta clarify that the current procedural system now can no longer assume that the judge is completely inert. It is necessary, therefore, that the magistrate, in the pursuit of truth procedural develop various acts in order to "force" the parties to collaborate in pursuit of this truth. Apparently, carefully analyzing the doctrine of truth in Habermas, leads to the belief that its design is very close to the logic championed this manuscript, which is why it shows extremely important in contemporary legal scene.

KEYWORDS: investigation is archived powers, judicial activism; truth in Habermas

INTRODUÇÃO

A todo o instante o operador do direito é surpreendido com uma nova legislação que entra em vigor. Entendimentos já consolidados sobre determinada matéria e a sistemática adotada pelos tribunais que já era consolidada no cenário jurídico, é totalmente alterada, em decorrência da nova legislação que entra em vigor, fazendo com que todos, novamente, se debrucem sobre o novo texto, a fim de entender quais as alterações significativas e, a partir daí, a utilizarem em seu cotidiano forense.

Se essa alteração surge e o novo contexto melhora a atuação dos que lidam com o Direito, há que se dar crédito ao legislador que a elaborou, pois conseguiu suprir as falhas existentes, trazendo uma maior harmonia ao sistema normativo. O grande problema ocorre quando a norma criada traz incertezas e, com isso, gera uma completa insegurança jurídica.

Nestas ocasiões, nada mais coerente que os mesmos operadores do Direito, que deram crédito ao legislador quando ele acertou com a nova legislação, também analisarem essa legislação sob o ponto de vista crítico e tentar trazer soluções às deficiências que vêm à tona.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho acadêmico. Fundamentado no método hipotético-dedutivo de análise, o debate aqui observado busca identificar como a linguagem do direito pode se relacionar com os poderes instrutórios do magistrado na busca por uma solução efetiva ao caso concreto.

Utiliza-se como marco teórico deste trabalho o filósofo Jurgen Habermas, quando trabalha a questão da validade do discurso e como transpor a validade do discurso, interpretando à lógica da tese aqui defendida.

Para transpor uma análise eficaz, buscou-se dividir o presente trabalho em três momentos específicos. Metodologicamente, no primeiro tópico deste trabalho de conclusão de curso, é realizada uma análise sobre a atuação do legislador infraconstitucional em nosso atual cenário legislativo, aclarando ao leitor, os possíveis problemas que são gerados em termos de linguagem, a depender da forma como alguns termos são inseridos na legislação.

Com isso, demonstra-se a importância do papel do legislador infraconstitucional perante o ordenamento jurídico, haja vista que a depender da forma como ele atua, pode gerar problemas sérios à atuação de outros profissionais, razão pela qual, desempenha papel fundamental em sociedade.

Assim sendo, passa-se à analisar detidamente o que vem a ser os denominados termos imprecisos, zonas de penumbra e o papel fundamental da linguagem para todos os que lidam com o Direito.

Já no segundo tópico, opta-se por estabelecer os conceitos basilares necessários à compreensão da temática. Em especial, faz-se uma análise sobre os poderes instrutórios do magistrado e como a legislação e a doutrina vem trabalhando com o tema, apesar de existirem dispositivos que limitem sua atuação, sob pena de incorrer em parcialidade

Por fim, já no terceiro e último tópico, com a finalidade de defender, após vasta pesquisa, como os poderes instrutórios podem se interligar ao pensamento de Habermas, no que se refere à linguagem e como isso pode influenciar para que haja uma busca de justiça social efetiva ao caso concreto, trazendo harmonia aos conflitos postos à apreciação Estatal.

1 A FUNÇÃO DA LINGUAGEM NO DIREITO E A INSERÇÃO DAS PROVAS NESSE CONTEXTO

1.1 A LINGUAGEM COMO ELEMENTO ESSENCIAL AO ENTENDIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O PAPEL DO INTÉRPRETE

Quando o Estado é provocado, através do Poder Judiciário, a atuar diante de um caso concreto, necessita ele de elementos que façam com o que o magistrado possa ter condições de chegar a uma convicção sobre a ocorrência do fato. Para isso, não basta que sejam trazidas meras alegações de que determinado ato fora praticado de maneira contrária à legislação

nacional, sendo necessário que documentos, fotografias, relatos, depoimentos, e outros, sejam consignados no processo, a fim de respaldar os argumentos que se busca defender.

A todos esses elementos, dá-se o nome de prova. No diploma processual brasileiro, o art. 332 é enfático ao afirmar que "*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*".

Perceba-se, portanto, que o Código de Processo Civil dá conta de que para a prova dos fatos, internamente ao processo, há um "leque" de opções colocadas à disposição do operador do Direito das mais variadas, com o escopo de favorecer ao máximo a defesa do interesse daquele que busca o Estado. Em outras palavras, o dispositivo ao destacar que são admitidos "*meios legais [...] ainda que não especificados neste Código*", exemplifica uma norma de caráter aberto, fazendo com que o intérprete possa se posicionar dentro do contexto concreto que lhe é levado à apreciação e assim utilizar-se da hermenêutica para solucionar a controvérsia.

Normas nesses moldes não são exceção. Vários são os diplomas promulgados que deixam a cargo do operador do Direito aclará-lo. Isso porque, por mais que o legislador tivesse condições de prever algumas situações, não são todas que são passíveis de antecipar os resultados.

Nesse contexto, Herbert L.A Hart (1996, p. 151), infirma que as normas existentes não atingem seu grau máximo de certeza, em decorrência de o legislador não ter condições de adequar a literalidade das normas à dinâmica social do mundo atual.

> Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse em outra escolha. [...] Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade.

Ocorre que Hart e Dworkin travaram algumas discussões de ordem doutrinária a fim de esclarecer como se daria o desenvolvimento das decisões judiciais dentro da ótica dessas situações indeterminadas, demonstrando que o magistrado acaba chegando à decisão judicial, de maneiras distintas. Diga-se, criação de maneiras distintas, uma vez que um dos autores concebe a necessidade de reconstrução do direito para que sejam solucionados os casos difíceis, enquanto o outro se sustenta na aplicação de princípios gerais. Assim percebe-se da concepção do processo decisional em que

> embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado (HART,1996, p. 338).

Com isso, os termos imprecisos e indeterminados em sua grande maioria são inseridos no ordenamento jurídico pátrio, dando uma total abertura de sentido às mais diversas interpretações. Há que se ponderar que a atribuição de definições aos conceitos jurídicos é algo extremamente complexo, razão pela qual demanda uma maior atenção por parte dos responsáveis pela elaboração texto original da legislação, buscando obstar, ainda que minimamente, prejuízos maiores ao indivíduo que se socorre dos instrumentos normativos vigentes. Esse entendimento é corroborado por Noel Struchiner (2002, p. 72- 73.).

Mas Hart não se resume a criticar a forma como Dworkin vê a aplicação do direito, da forma acima enunciada. Na concepção do autor, é equivocada a premissa deste último, ao afirmar que é injusta a aplicação e interpretação do Direito, uma vez que

> Dworkin formula uma outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito ex post facto, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as conseqüências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito

> estabelecido, ao tempo dos seus atos. Esta objeção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroativa do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas. (HART, 1996, p. 339)

Como se não bastasse isso, Dworkin ainda questionava a ideia de discricionariedade judicial defendida por Hart, na medida em que, a partir de princípios gerais, optava-se por um e, assim, decidia-se o caso concreto. As críticas giravam em torno do fato de que

> As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a esta crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um órgão legislativo democraticamente eleito pode encontrar-se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. Então, o controle democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político (HART, 1996, p. 337).

Assim sendo, a função principal do intérprete, de fato, é a interpretação da legislação e a busca por adequá-la à hipótese posta à apreciação. No entanto, em decorrência de alguns percalços, como por exemplo, a ausência de legislação que especifique a matéria ali analisada, a fim de dar uma solução mais adequada à contenda, em muitos dos casos, é o papel de legislador no caso concreto que o aplicador do direito acaba desempenhando. Isso ocorre, em

virtude das inúmeras incongruências estabelecidas nos textos normativos vigentes. De acordo com o autor, infelizmente,

> Nas situações ordinárias, nos casos paradigmáticos, onde existe um consenso sobre o que os termos que compõem as regras querem dizer, as regras podem ser aplicadas sem maiores problemas. Porém, nas situações em que os termos gerais da regra extrapolam suas ocorrências ordinárias, cabe ao juiz utilizar seu poder discricionário e legislar para o caso concreto, uma vez que os legisladores não anteciparam o caso concreto em questão no momento da criação da regra (STRUCHINER, 2002, p. 72-73).

Por esse motivo é que a linguagem se insere no cenário de nosso sistema normativo, como de absoluta importância, uma vez que é através dela que a Administração Pública, os advogados, os promotores, os juízes e os auxiliares da justiça, se pautarão para desenvolver suas atividades de forma a atingir o escopo da harmonia e pacificação social.

Não há como existir um sistema congruente de normas, se a dicção emanada pelo criador da lei (legislador infraconstitucional) não puder ser compreendida. O Direito é, a todo tempo, um canal aberto de comunicação e linguagem entre os mais diversos interlocutores.

E isso porque, para que a relação possa ser desenvolvida é necessário um entendimento/compreensão entre as partes envolvidas no caso concreto, com o objetivo de conceber que determinado fato é adequado ou não aos padrões estabelecidos por determinada categoria, em certo tempo. No caso da Administração Pública, é essencial que a legislação esteja clara e precisa, uma vez que se estabelece no art. 37, *caput* da Carta Constitucional de 1988, que o administrador somente pode atuar nos limites da estrita legalidade. É por esse motivo que Luis Alberto Warat (1995, p 37), defende que o estabelecimento de uma linguagem adequada

> não só permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos. Ao fazermos tal afirmativa, estamos inserindo-nos em uma corrente lingüístico-epistemológica geralmente conhecida como Positivismo Lógico ou Empirismo Contemporâneo. [...] Em outras palavras, onde não há rigor lingüístico não há ciência. *Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo*; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural.

Ao se interpretar a passagem acima citada, é possível concluir que não subsiste o conjunto de normas atual, se elas não se apresentarem claras, objetivas e acessíveis a todos, de forma a

buscar, ao máximo, um entendimento adequado ao fato, evitando-se distorções. Por sua vez, também não há como manter o ordenamento jurídico intacto, se o legislador não se preocupar com as minúcias que cada palavra inserida no contexto da norma possa gerar na atividade do profissional do direito.

Por estes termos, constata-se que o grande problema ocasionado é a dificuldade de interpretação das reais intenções que o legislador tinha ao estabelecer este ou aquele termo na norma levada à apreciação e consequente aprovação pelo Legislativo, no momento e conjuntura em que foi inserida. Não há como se interpretar uma lei, totalmente destoante da conjuntura legislativa do momento em que foi criada.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 313), ao tratar do tema, estabelece que a ideia de atribuição de termos jurídicos indeterminados, na grande maioria das vezes, surge como técnica de legislar, porém, ao contrário do que já trazido pelos autores acima, não se trata de atribuição de sentidos de maneira arbitrária. Isso porque

> Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.

Talvez, a tentativa de interpretar as leis à luz de um método histórico, poderia trazer algumas das soluções esperadas pela sociedade, em decorrência do fato de se ter notícia de que o método supra "consiste na reconstrução do pensamento contido na lei"(WARAT, 1994, p. 72). Contudo, nem sempre é possível reconstruir todo o pensamento do legislador remontado à época em que fora firmado, motivo pelo qual, torna-se, inviável essa constante alusão às intenções do criador da norma.

A despeito dessa concepção de falibilidade do legislador infraconstitucional, Hans Kelsen (2006, p. 123-124) entende que o fenômeno de se manter determinados termos como imprecisos, indeterminados e sem previsibilidade é natural e necessário. Não seria, necessariamente um problema a falta de previsibilidade por parte do legislador, tendo em vista

que, regra geral, as normas se aplicam aos casos comuns, sendo papel do intérprete a sua aplicação e adequação à tessitura do caso concreto. Ademais, manter determinados preceitos indeterminados e sem previsibilidade, favoreceriam a desnecessidade constante de alterações legislativas, consoante se extrai do trecho que segue

> O bom legislador não tem condições de fazer correções à lei, mesmo em circunstâncias necessárias. Pois deve contar, de antemão, com circunstâncias de fato, que não previu e nem poderia ter previsto; as normas gerais não podem tratar senão de casos comuns. Exatamente por isso ele não pode transcrever os casos em que tem de se colocar no lugar do aplicador do direito; se pudesse fazê-lo, não precisaria fazer-se substituto dele. Nada mais lhe resta senão deixar a decisão para o aplicador do direito, sob o risco inevitável de que este também decida, como legislador, os casos em que o legislador original quisesse aplicar a lei; com isso, naturalmente, o fundamento da legalidade e, portanto, a validade das normas gerais, aplicadas por tribunais e autoridades administrativas, é colocada em questão, assim como o peso da produção do direito, desde o legislador geral até o aplicador individual do direito.

E no caso das lacunas o problema acaba sendo também grave. Ora, a priori, o que se pretende é que o sistema de normas não apresente falhas ou omissões. Apesar disso, nem sempre isso é possível, sendo necessário, portanto, que o aplicador do direito venha a legislar no caso para solucionar a lide, para suprir a falha observada.

No entanto, rememora-se aqui mais um pensamento de Luís Roberto Barroso acerca dos famigerados termos imprecisos, demonstrando a importância em se deixar ao aplicador do direito a opção por adequar o preceito ao caso concreto

> Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com o poder discricionário. Ambos têm em comum a impossibilidade de o Direito, em múltiplas situações, antecipar todas as hipóteses de incidência da norma e disciplinar em detalhe a conduta a ser seguida. Daí a necessidade de delegar parte da competência de formulação da norma ao seu intérprete e aplicador. No entanto, o papel que este irá desempenhar varia significativamente conforme se trate de um ou outro caso. Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício da competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha entro do círculo pré-traçado pela norma de delegação (BARROSO, 2010, p. 314).

Por fim, ao que tudo indica, muito embora os autores estabeleçam diferenças entre valoração de um conceito jurídico indeterminado, para com a discricionariedade, essencialmente, não se vislumbra tamanha diferença. Constata-se que uma se interpenetra na outra, razão pela qual, há que se perceber que o intérprete sempre se utiliza de seus juízos de valor para determinar um termo ou expressão imprecisos. O ponto fulcral, no entanto, é que este estabelecimento, em algumas hipóteses consegue atingir o escopo e fazer justiça no caso concreto, mas em outras, gera inconsistências e insegurança jurídica.

1.2 OMISSÕES LEGISLATIVAS E ZONA DE PENUMBRA

O art. 4º também da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC estabelece que "*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*". Esse entendimento estabelece o preceito máximo estatuído pela Carta Constitucional de 1988, que no inciso XXXV, do art. 5º, de que há inafastabilidade da jurisdição, ou seja, ao juiz não é dado se furtar de decidir no caso concreto.

Muito embora não seja a função precípua do intérprete legislar no caso concreto, nas hipóteses de omissão, não há outra saída, senão, a de estabelecer parâmetros para a solução da controvérsia. É por esse motivo que Fredie Didier Jr (2008, p. 68). enuncia que "a *jurisdição é função criativa: cria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto*". Em suma, a pretensão estabelecida com estas premissas é que, por mais que não haja legislação claramente aplicável à lógica do caso posto em apreciação, ao magistrado é conferido o dever de julgar, adequando sua decisão ao sistema jurídico e buscando os outros meios enunciados pela LICC.

Ademais, toda essa sistemática decorre do simples fato de que ao juiz não é atribuída a faculdade de deixar de julgar determinado caso concreto, pela falta de lei que regule a situação ocorrida na sociedade. Nelson Nery Jr (2004, p. 146)., trata especificamente acerca dessa situação, enunciando que

> A inafastabilidade da jurisdição faz com que o magistrado não se exima de sentenciar alegando obscuridade ou lacuna na lei (art. 126 do CPC[1]), devendo, quando isto ocorrer, utilizar-se dos costumes, princípios gerais de direito e da analogia. Sua decisão, entretanto, será livre porque o juiz possui independência jurídica, vale dizer, livre convencimento.

Observa-se, portanto, que a própria legislação estabelece alguns meios que direcionam o magistrado para decidir o caso concreto, ainda que não exista regra expressa normatizando a conduta apreciada. O problema que talvez isso gere, será o fato de que, por não se tratar de aplicação direta da legislação, é possível esperar os mais diversos entendimentos, pois nem todo o ser humano pensa como o outro.

É por esse motivo, repita-se, que se afirma a possibilidade de existir a insegurança jurídica da parte que postula em juízo. Todavia, são imposições estabelecidas pelo sistema normativo, que vinculam o magistrado de forma que cabe a ele decidir a contenda, ainda que não encontre instrumento normativo capaz de suprir a lacuna. Frise-se, no entanto, que não se furta de ressaltar que, ainda que existisse legislação, os provimentos jurisdicionais baseiam-se de acordo com o livre convencimento do juiz.

Para tratar do tema, somando-se às argumentações acima expendidas, é necessária a remissão aos autores que, embrionariamente, deram sustentáculo à ideia de formação do sistema normativo atual, nos moldes como de um conjunto. Hans Kelsen (2006, p. 122) foi um dos precursores a tratar acerca das lacunas. De acordo com ele

> Elas ocorrem quando o legislador deixa de normatizar o que deveria ter normatizado, quando deve ser, em geral, tecnicamente possível aplicar a lei. Só que aquilo que se designa como lacuna técnica ou é uma lacuna no sentido original da palavra, isto é, uma diferença entre o direito positivo e o direito desejado, ou aquela indeterminação que resulta por esse caráter de moldura da norma

Porém, um fato deixa clara a inconsistência de alguns dos argumentos de Kelsen. É quando essas lacunas surgem que as grandes incongruências ganham maior proporção, haja vista que a interpretação traz determinado ponto de vista de o que, volta-se a frisar, nem sempre se coaduna com as reais intenções que a norma se propunha. Noel Struchiner (2002, p. 73-74), nos informa que

---

1 Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

> toda regra também pode apresentar uma penumbra de dúvida, uma região cinzenta onde não sabemos se deve ou não ser aplicada. Na região "nebulosa" da regra, cabe ao juiz exercer o seu poder discricionário, e assim tornar a regra menos vaga para os casos futuros.

Por esse motivo é que toda a sistemática até aqui trabalhada, se enquadra perfeitamente aos poderes instrutórios do magistrado. O magistrado, na busca da verdade, internamente ao processo, utiliza-se de vários métodos a fim de interpretar e chegar a uma conclusão acertada ao caso concreto.

Para tanto, é levado a se deparar com problemas de ordem hermenêutica que o levam a atuar de forma a garantir, ao máximo, que a instrução favoreça sua convicção acerca do caso concreto. É nesse sentido que passa ele a determinar a produção de provas e a atuar efetivamente para que tente levar o melhor Direito àquela situação específica.

Diante de tudo até aqui exposto, constata-se a importância do tema para ser trabalhado na academia, eis que é possível extrair a legitimação dos poderes instrutórios do magistrado, a partir das concepções de Junger Habermas.

2 A PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO NO PROCESSO CIVIL

O Poder Legislativo possui como atribuição precípua elaborar e leis que regulem as condutas humanas em sociedade, contudo, nem sempre consegue atingir os escopos pretendidos, gerando ainda mais incertezas ao intérprete. Na medida em que o ordenamento se propõe a colocar um ponto final nas divergentes discussões que existem, novos problemas podem existir, tendo em vista o fato de, repita-se, o legislador ser falho e não conseguir antever todas as consequências jurídicas advindas da lógica inserida em determinada norma.

Porém, talvez a norma que se pretende aqui debater esteja mais que clara. Apesar das divergências, o sistema processual brasileiro estabelece que ao magistrado é dada a possibilidade de atuar de uma forma mais efetiva com o escopo de solucionar a controvérsia.

E isso surge, principalmente, porque nem sempre os casos, ao serem subsumidos à norma, são enquadrados perfeitamente. Ademais, problemas de ordem linguística também surgem.

Profissionais muitas vezes despreparados, não conseguem trazer aos autos a comprovação efetiva do Direito que seus clientes reivindicam. Diante disso, um magistrado responsável, utiliza-se de todos os meios para que possa compreender as reais condicionantes que exsurgem daquela situação.

Esse poder do magistrado de colher provas encontra-se disposto no art.130, do Código de Processo Civil, estabelecendo que *"caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".* Analisando o dispositivo, observa-se a tecitura aberta com que ele é colocado no diploma processual.

O legislador infraconstitucional deixa espaço ao magistrado para que, no desempenho de suas atividades, possa valorar todos os documentos juntados aos autos e, assim, possa concluir sobre quem tem direito diante do caso concreto, podendo atuar ativamente e, não deixando à simples faculdade das partes produzir as provas que entender necessárias. O magistrado também possui papel fundamental na lógica processual.

É necessário deixar claro que, muito embora seja determinado ao magistrado que o deve portar-se, perante as partes de maneira inerte, não existindo óbices a que ele, no transcorrer de sua atividade, possa atuar de maneira a preservar o interesse do Estado na solução daquele processo. Isso, inclusive, é extraído das características preponderantes da atividade jurisdicional, que são descritas como

> 1ª) A 'terzietà' do juiz, que tem de ser desinteressado do litígio, conceito este universalmente aceito e tradicional, e há de ser ocupante de órgão constitutivo do Poder Judiciário; daí, como consequência, afastar-se do processo o juiz impedido ou suspeito (art. 134 e ss.), pois o seu desinteresse (=imparcialidade) está comprometido; ademais, no caso de impedimento, a própria sentença, ou acórdão, é suscetível de desconstituição por ação rescisória, dentro de certo prazo (art. 485, II, do CPC).
> 2ª) O poder de que está investido este terceiro é o de aplicar a nora ao caso concreto, valendo a sua decisão irrefragavelmente. E, esgotados os recursos, a sentença/acórdão valerá e será eficaz, adquirindo a imutabilidade de sua parte dispositiva, fenômeno conhecido como coisa julgada, característica e qualidade da eficácia da sentença.
> O legislador, ao elaborar a lei, inova a ordem jurídica, pois toda lei discrimina, traçando novas condutas, ao passo que o juiz, aplicando a norma jurídica já existente, não o faz com a mesma intensidade, visto que apenas fez valer a norma anterior, aplicando-se ao caso concreto. Ou, se se pretender sustentar, como muitos

> o fazem com certa razão, que também o juiz inova ao formular a regra jurídica concreta, é certo que o faz sentido diverso ao do legislador.
> 3ª) Além daqueles dois elementos, é característica, ainda, da atividade jurisdicional, o seu desenvolvimento através de um *contraditório regular*, o que implica fundamentalmente, além de outros aspectos, a obediência a um procedimento regular e preestabelecido.
> 4ª) Outro princípio informador da atividade jurisdicional é o de sua *inércia inicial* (art. 2º[2] e 262[3] do CPC), o que significa que só mediante solicitação da parte é que se instaura o processo contencioso, e, ainda, somente através de pedido do interessado é que o juiz poderá agir no campo da jurisdição voluntária. A regra, pois, é a de que o Poder Judiciário somente age quando regularmente provocado. Desta forma, não pode um juiz, sem pedido preordenado a tanto, instaurar um processo para o qual não tenha sido provocado pela parte. (ALVIM, 2007, p. 179).

Sob essa ótica, deve-se ter em mente que o magistrado, apesar da necessidade de ser imparcial e não tomar partido de quaisquer das partes, até que seja encerrada as fases do procedimento em primeira instância, não deve ser considerado como um polo passivo da relação.

A ele é atribuída a possibilidade de produzir provas, com o escopo de solucionar o impasse e, desde que, obviamente, possa auxiliar na conclusão mais apropriada à questão colocada à sua apreciação. Dessa forma, ser inerte não pode ser sinônimo de completa passividade em relação às partes e à produção probatória que influenciará no seu convencimento.

É ai que se insere o posicionamento de Habermas (2003, p. 278). Ao analisar as funções desempenhadas pelo magistrado, leva-se a crer que há total inclinação do posicionamento da doutrina processual com suas premissas lógicas estabelecidas, uma vez que "o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum sustentado pela comunicação pública dos cidadãos". Para tanto, concebe-se o juiz como uma alusão à Hércules. Seria ele, então, através de um princípio monológico aplicar a legislação ao caso concreto.

E mais, constata-se que" o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia de Estado de direito que a jurisdição e o legislador político *apenas tomam de empréstimo* ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional"(HABERMAS, 2003, p. 276).

---

2 Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

3 Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Essa ideia de passividade do magistrado já não pode prevalecer. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 285), defendem esse entendimento ao afirmarem que

> impor ao juiz a condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é, quando menos, grave petição de princípios. Ora, se o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa.
> Ademais, 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 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.

Através dessa fala, percebe-se que os poderes do magistrado na condução do processo são essenciais para a manutenção das garantias constitucionais seja do contraditório e ampla defesa, efetivas, seja para garantir imparcialidade no julgamento, objetivando levar o processo judicial rumo à sua efetividade. Ao magistrado não é dada a possibilidade de se furtar de julgar de forma adequada, deixando de estabelecer uma função instrumental ao processo. É por isso que Moacyr Amaral (1998, p. 329) informa que os poderes do magistrado no processo são essenciais, haja vista que "sem os quais não lhe seria possível conhecer, decidir e dar execução às decisões, satisfazendo, desse modo, a prestação jurisdicional visada pelo processo".

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012, p. 308), ao trabalhar com o tema dos poderes do magistrado, defende claramente o estabelecido pelo dispositivo do Código Processual Civil, com o escopo de garantir uma tutela jurisdicional adequada. Afirma o doutrinador que

> No que tange aos principais poderes de caráter jurisdicional, podemos classificá-los em poder-fim, desempenhado através da atividade decisória, e poderes-meios, de feição instrumental, dentre os quais se destacam os poderes de direção do processo, os poderes instrutórios e os poderes de coerção.

Portanto, cabe ao magistrado, na condução do processo, utilizar-se de todos os meios de que estão à sua disposição para garantir que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva e seja evitado que direitos e garantias sejam lesadas, a fim de que o processo se desenvolva com absoluta clareza e imparcialidade quanto aos pontos centrais da controvérsia. Fritz Baur (1976, p. 58-59), ao tratar do tema, deixa consignado que

> não devem reverter em prejuízo destas [partes] o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao

> juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como produzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis.

Esse posicionamento deixa claro que o juiz, quando age proativamente, não está a buscar provas que não seriam acessíveis ás partes de uma forma geral. Na verdade, quando o magistrado age na busca da verdade processual, está ele se atendo a trabalhar com o arcabouço probatório posto à disposição das partes, que por qualquer motivo não foi trazido aos autos, mas que é essencial à solução da controvérsia. A isso dá-se o nome de princípio dispositivo, ou seja, e um primeiro momento o processo sai da inércia por provocação, mas se desenvolve por impulso oficial, cabendo ao magistrado interagir com a lógica ali estabelecida, a fim de que o processo mantenha-se caminhando até seu fim. João Batista Lopes ao trabalhar com esse dispositivo, nos informa que

> A admissão do princípio dispositivo não significa, porém, que as partes possam orientar o processo a seu talante. Dono do processo (*dominus processi*) é o juiz e, se às partes se conferem certos poderes de disposição (indicar os meios de prova, fixar o objeto da demanda, transigir etc.), tal se compreende fora da atividade própria do juiz, não sendo este obrigado, na formação das bases da sentença, a aceitar as convenções das partes (LOPES, 2000, p. 42)

Até porque, cabe ao julgador estabelecer limitações a esse estabelecimento de provas, de ofício, para evitar que o torne-se parcial na condução do processo. Humberto Theodoro Jr (2013, p. 459-460). é um dos que questiona a ilimitação dos poderes instrutórios do magistrado. Para o autor,

> O juiz, porém, deve cuidar para não comprometer sua imparcialidade na condução do processo A necessidade da prova, ordenada de ofício, deve surgir do contexto do processo e não da atividade extra-autos, sugerida por diligências e conhecimentos pessoais ou particulares auridos pelo magistrado fora do controle do contraditório. […] Nesse passo, seu compromisso não é com a posição de nenhuma das partes, mas com a verdade, sem a qual não consegue fazer justiça, para cuja realização se idealizou a tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Por todas essas considerações é que se deixa devidamente consignado que o magistrado deve agir na medida em que for provocado, em um primeiro momento. Contudo, na medida em que o processo se desenvolve, deve ele atuar de forma a garantir que o processo seja findado de maneira adequada, solucionando a lide da melhor maneira possível e consoante o Estado Democrático de Direito. Nada mais justo, portanto, que aquele que, de fato, conduziu o

processo de forma a garantir uma maior efetividade, que el consiga dar um provimento jurisdicional mais adequado às circunstâncias do caso concreto, tendo em vista que

> quem precisa ser convencido da verdade dos fatos alegados no processo é o juiz, vale dizer, aquele que, formada sua convicção, julgará. Daí a razão pela qual o destinatário da prova é o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar sua convicção. O juiz é o destinatário principal e direto: na convicção que formar assentará a sentença (MIRANDA, 1992, p. 208).

Isso porque, na medida em que o magistrado constrói sua decisão judicial, deve ele se utilizar de argumentos que sejam capazes de convencer o público, com o intuito de garantir uma maior credibilidade ao que se buscou consignar. Portanto,

> O conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é um "bom argumento", é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa.

Corrobora esse entendimento José dos Santos Bedaque (2001, p. 13-14), de maneira enfática, ao defender os amplos poderes instrutórios do magistrado para gerir o processo, afirmando que

> Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois, somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los quando entender necessário

Para isso, a linguagem e a forma de atuação do magistrado na condução do processo são fundamentais. Isso quer dizer que, deve ele, na medida em que determina a produção de determinadas provas, deve deixar claro os reais objetivos pelos quais está se convencendo acerca de sua necessidade.

E mais, ao produzi-la, deve fazer de maneira clara e precisa, sem que isso traga dúvidas ou confusões de ordem semântica às partes, objetivando que a diligência requerida tenha condições de atingir o ápice da efetividade que se espera.

Por sua vez, há que se consignar que na doutrina não são todos que vêm admitindo os poderes instrutórios do magistrado. Essa amplitude de poderes, de acordo com a doutrina, poderia, de certa forma, influir negativamente para a solução do caso concreto e, assim, definir situações sem um mínimo de razoabilidade.

De acordo com Sérgio Luís Wetzel de Mattos (1999, p. 126), "o 'ativismo' do juiz em tema de prova esbarraria nos limites do material fático aportado à causa" . Assim como o autor acima, não vê com bons olhos esse excesso de poderes instrutórios por parte dos magistrados, Leonardo Greco, uma vez que, em sua concepção, aparentemente, a produção de provas deveria estar à disposição das partes para que elas viessem a produzir, caso entendam necessárias.

De acordo com o autor, "para evitar o juiz investigador, o que comprometeria a sua imparcialidade, a sua iniciativa probatória deve limitar-se aos elementos probatórios cuja existência resulte dos autos" (GRECO, 2008, p. 30). Para os autores acima, muito embora o Código de Processo Civil dê instrumentos ao magistrado para atuar de forma a buscar a efetividade processual através da verdade alcançada pelos poderes que lhe são conferidos, é necessário cautela, pois poderia o magistrado acabar atuando em favor de uma das partes[4].

3 UM OLHAR DOS PODERES INSTRUTÓRIOS ATRAVÉS DO PENSAMENTO DE JURGEN HABERMAS: COMO A LINGUAGEM PODE INFLUENCIAR NESSE CONTEXTO

Os poderes instrutórios do magistrado podem ser perfeitamente amoldados ao pensamento estabelecido por Jurgen Habermas. Chega-se a essa conclusão na medida em que se perceba que a produção probatória passa por um processo de inteligibilidade pelo operador do Direito.

---

4 Seguem esse entendimento também: GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol II e ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Na medida em que o magistrado na análise das provas, deve estabelecer uma maior participação popular, através de um contraditório correto, poder-se-á transportar a melhor solução para a situação conflituosa. É por esse motivo, que os poderes instrutórios do magistrado, são fundamentais para a manutenção dessa lógica, haja vista que é ele, através de seu livre convencimento que interpretará a norma e levará o Direito ao cidadão.

Essa atividade do magistrado é fundamental, uma vez que se destina à dar uma maior efetividade e clareza ao provimento jurisdicional. De acordo com o autor, "a atitude do juiz, curioso diante dos fatos a apurar, constitui fator de boa instrução no processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais" (DINAMARCO, 2005, p. 353).

A partir disso é que o papel da linguagem do magistrado, na elaboração de seu julgamento, deve levar em consideração todas as nuances estabelecidas pelas partes, sem deixar de considerar aquilo que pode ele colher, por si mesmo, através daquilo que a norma processual lhe dá de subsídio. Está claro que, a melhor técnica utilizada de modo a favorecer a análise do caso concreto, com a possibilidade de o magistrado sair de uma posição de passividade ou de inércia, é de grande valia, uma vez que ele "conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente, ligados por fios argumentativos"(HABERMAS, 2003, p. 247).

Assim sendo, como entender que a linguagem pode influenciar na lógica dos poderes instrutórios? É necessário ter em mente que a função do operador do Direito, precipuamente, é a de utilizar-se da linguagem para defender seus pontos de vista.

Se o papel fundamental do Direito é o argumento e a defesa de pontos de vista, cabe ao intérprete estabelecer em que parâmetros pretende se pautar para dar seguimento às suas razões de decidir, já que o inciso IX, do art. 93, da Carta Constitucional[5] estabelece que todos

5 **IX** - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

os julgamentos devem ser motivados. Essa motivação só será completa e adequada, caso o magistrado tenha real convicção de quais parâmetros irá se utilizar para solucionar a lide.

Assim sendo, ao buscar atuar de forma ativa, tomando um contato ainda mais próximo com as provas, possui muito mais possibilidade de compreender e consignar de maneira adequada seus argumentos, uma vez que para que "um juízo seja válido significa que ele seja aceito com boas razões em comunicações efetivas" (LUCHI, 2007, p. 161).

Para a análise das provas dentro de um contexto processual, o magistrado realiza uma série de atos com o intuito de garantir que os termos consignados em suas decisões se coadunem com a lógica estabelecida nos autos. Assim sendo, é que as manifestações terão o condão de serem válidas sob o ponto de vista defendido por Habermas (1988, p. 64-65), através da linguagem. O autor defende, claramente, que

> o modo fundamental destas manifestações determina-se pelas pretensões de validade que implicitamente levam associadas: a verdade, a retitude, a adequação ou a inteligibilidade (ou correção no uso dos meios de expressão). A estes mesmos modos conduz também uma *análise de enfoque semântico das formas de enunciados*. As orações descritivas que, no sentido mais lato, servem à constatação de fatos que podem ser asseverados ou negados sob o aspecto da verdade de uma proposição; as orações normativas ou orações de dever que servem à justificação de ações, sob o aspecto da retitude (ou da 'justiça') de sua forma de atuar; as orações valorativas (os juízos de valor) que servem à valoração de algo, sob o aspecto da adequação dos *standards* de valor (ou sob o aspecto do 'bom') e as explicações de regras geradoras que servem à explicação de operações tais como falar, classificar, calcular, deduzir, julgar, etc., sob o aspecto de inteligibilidade ou correção formal das expressões simbólicos

Em outras palavras, há que se ter em mente que a espinha dorsal da discussão relativa à linguagem das decisões se direciona à observância do argumento, ou mesmo, das razões do discurso. É através dessa interlocução e da efetiva comunicação com o público, que há como compatibilizar a linguagem do direito com os poderes instrutórios do magistrado. Isso porque,

> Argumentos são razões que resgatam, sob condições do Discurso, uma pretensão de validade levantada através de atos de fala constatativos ou regulativos, movendo racionalmente participantes da argumentação a aceitar como válidas proposições normativos ou descritivas (LUCHI, 2007, p. 185).

Deve-se ter em mente, portanto, que todas as razões e argumentos esposados na decisão judicial, perpassam pela lógica do discurso que o magistrado gostaria de consignar. Trata-se de deixar claro que

> os processos jurídicos cruzam-se com os argumentativos, sendo que a instauração jurídico-processual de discursos jurídicos não pode intervir no âmago da lógica da argumentação. O direito processual não regula a argumentação jurídico-normativa enquanto tal, porém assegura, numa linha temporal, social e material, o quadro institucional para decorrências comunicativas não-circunscritas, que obedecem à lógica de discursos de aplicação (HABERMAS, 2003, p. 290-291).

Em suma, o que fica de tudo até aqui analisado é que o magistrado possui poderes importantes na condução do processo, com o objetivo de solucionar a controvérsia de maneira efetiva. No entanto, é através da linguagem argumentativa e do discurso em sua decisões que se poderá levar efetivamente o direito ao caso concreto e, acima de tudo, buscar o escopo, ainda que utópico na concepção de muitos de harmonia e pacificação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo até aqui trabalhado, algumas conclusões lógicas são possíveis de serem extraídas. Em primeiro lugar, importante ressaltar, mais uma vez, a importância do intérprete do Direito em nossa sociedade atual.

Em decorrência do grande número de normas que apresentam lacunas, incongruências ou inconsistências terminológicas, cabe ao aplicador do direito a função de julgar o caso, em consonância com os padrões normais da sociedade. Quando não existem normas regendo a contenda, o magistrado deve se valer de outros meios como a analogia, as regras de experiência, os princípios, entre outros, para buscar estabelecer justiça ao caso concreto.

São esses os direcionamentos que a própria legislação enuncia, com o objetivo de que seja realizado um julgamento, mais apropriado aos padrões gerais de todo o sistema. O problema mais grave que decorre desse fenômeno diz respeito à valoração dos termos inserido nas normas, uma vez que ela é realizada pelo intérprete que, nem sempre, se adéqua ao real

significado inserido pelo legislador. Parte ele de suas pré-concepções, o que pode trazer insegurança àquele que dependa da tutela jurisdicional pretendida.

Assim sendo, o magistrado, na busca por uma decisão melhor adequada à situação fática apresentada, deve buscar argumentos válidos dentro do sistema jurídico, ou mesmo, dentro da lógica interpretativa que melhor se adeque ao caso. Para isso, utilizar-se-á, dos poderes instrutórios, amplamente garantidos ao magistrados, a fim de que possa ele solucionar a controvérsia de maneira efetiva.

Se não há norma e as provas trazidas pelas partes não conseguem infirmar o direito alegado, deve o julgador buscar, de maneira imparcial, colher as provas que estão à disposição e que, de alguma forma, foram deixadas de lado pelas partes - propositadamente ou não – com o intuito de garantir a dignidade da justiça. A garantia dessa dignidade, nada mais é que, fazer com que o magistrado, no cumprimento de sua função, não fique à mercê das atividades das partes e possa traduzir o real espírito do que o Estado gostaria de ver defendido naquele provimento jurisdicional.

Diante de tudo isso é que se percebe a importância da linguagem nesse contexto. A linguagem somente poderá ser válida através de argumentos que, com retidão, consigam atingir uma valoração, em que os enunciados semânticos possuam boas razões de decidir e consigam uma intercomunicação efetiva com os destinatários daquele pronunciamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. **Revista brasileira de direito processual**. Belo Horizonte, Fórum, v. II, p. 57-68.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo**,** Brasília, DF, 09 set. 1942. Disponível em: <www. planalto.gov.br>. Acesso em: 2 maio. 2013.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil Brasileiro). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo**,** Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <www. planalto.gov.br>. Acesso em: 2 maio. 2013.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <www. planalto.gov.br>. Acesso em: 3 mar. 2013.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: *Jus*podiVm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo, *Publicismo e privatismo no processo civil*", **Revista de Processo**. São Paulo: RT, Out./2008, vol. 164, p. 29/56.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol II.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

_____. **Teoría de la acción comunicativa.** Madrid: Taurus, 1988, tomo I.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **A prova do direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCHI, José Pedro. **A racionalidade de decisões jurídicas segundo J. Habermas**. Revista da Ajuris, v. 107, 2007. p. 157-185.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). **Prova cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 119-135.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São paulo Saraiva, 1992.
NERY JR. Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina **Direito processual civil contemporâneo:** teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. v. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual –** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.