

**CONTROLE DE NEGÓCIO JURÍDICO
PRÉ-PROCESSUAL BILATERAL ATÍPICO:
NECESSIDADE DE UMA POSTURA DE JUIZ
HÉRCULES DWORKINIANO**

CONTROL OF A BILATERAL AND ATYPICAL
PROCEDURAL AGREEMENT: THE NEED FOR
A DWORKINIAN HERCULES JUDGE POSTURE

Alexandre De Moura Bonini Ferrer*
Nina Trícia Disconzi Rodrigues**
Richard da Silveira Maicá***

* Mestrando em Direitos Emergentes na Sociedade Global pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduando em Direito Processual Civil em 2016 pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Bacharel em Direito em 2015 pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisador do Centro de Pesquisas em Direito e Internet pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Email: alexandrembf@gmail.com

** Doutora em Direito do Estado em 2007 pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito em 2002 pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito em 1997 pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Email: ninadisconzi@uol.com.br

*** Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisador do Núcleo de Direito Constitucional (NDC) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) Bolsista CAPES. Pós Graduado em Processo Civil em 2014 pela Universidade Anhanguera. Graduado em Direito em

Como citar: FERRER, Alexandre de Moura Bonini; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; MAICÁ, Richard da Silveira. Controle de negócio jurídico pré-processual bilateral atípico: necessidade de uma postura de juiz héracles dworkiniano. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.74-100, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p74. ISSN: 2178-8189

Resumo: O estudo objetivou entender os novos negócios jurídicos pré-processuais bilaterais atípicos, apontando a necessidade de o juiz adotar como postura o modelo de Juiz Hércules dworkiniano para controle desses negócios jurídicos. O problema trata-se de verificar se há quebra paradigmática racionalista no Art. 190

no novo Código de Processo Civil Brasileiro. O estudo se deu partir de um “método” de abordagem hermenêutico-filosófico. Conclui-se que o artigo 190 do NCPC pode ser um grande indício da quebra paradigmática quanto ao seu caráter racionalista, a partir da criação da autonomia privada sustentado em um princípio de autorregramento. Verifica-se também que o juiz, responsável pelo controle dos negócios jurídicos pré-processuais bilaterais atípicos, deve entender-se como um juiz ser-no-processo, de forma a evitar que o dispositivo vire letra morta.

Palavras-chave: Racionalismo. Juiz Hércules. Dworkin. Negócio jurídico pré-processual bilateral atípico. Novo código de processo civil brasileiro.

Abstract: This study aims to understand new bilateral and atypical procedural agreements, examining a magistrate’s use of the dworkinian hercules stance in order to control legal transactions. Moreover, article 190 of the new Brazilian Civil Procedure Code (CPC) breaks the traditional rationalist paradigm of the previous CPC. In addition, this research uses the philosophical hermeneutic approach. In the end, this paper concludes that article 190 of the CPC is an indication of the paradigmatic break of the rationalist understanding, specifically with the creation of private autonomy sustained

2012 pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADIS-MA). Email: richard_maica@hotmail.com

on the principle of self-rule. This study also notes that the magistrate responsible for the control of a bilateral and atypical procedural agreement has to be in the position of “being in the procedure” as it prevents the law from being inefficacious.

Keywords: Rationalism. Hercules magistrate. Dworkin. Procedural agreement. New Brazilian Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos pré-processuais bilaterais já eram realidade no código de processo civil de 1973 já revogado, como ocorria a partir da possibilidade de eleição de foro entre as partes, entre outras possibilidades. Em que pese a ausência de ineditismo na matéria, a forma que o novo código de processo civil trata desses negócios é inédita. Traz-se novas roupagens a estes negócios, que dão aos atores do processo uma liberdade que antes era inimaginável, por criar uma forma atípica e abrangente de constituição de tais negócios.

Com isso, o presente ensaio buscará responder se há a necessidade de uma postura de juiz Hércules dworkiniano, por quem tem a missão de controlar os negócios jurídicos pré-

processuais, para cancelá-los ou denegá-los.

A partir de uma visão de juiz “ser-no-mundo”¹, melhor dizendo juiz “ser-no-processo”², buscar-se-á, com uma teoria de base e abordagem hermenêutico-filosófica, verificar a possível quebra paradigmática no novo código de processo civil quanto ao seu caráter racionalista, a partir da criação da possibilidade de constituição de negócios pré-processuais na forma atípica. Ainda, a partir da mesma abordagem, empreender-se-á esforços para indicar a necessidade de se adotar uma postura de juiz Hércules no processo para evitar decisionismos solipsistas.

Possibilitando tais estudos, utilizar-se-á do procedimento histórico e bibliográfico. O primeiro servirá para fugirmos do “grau zero de sentido”³ e aumentar e possibilitar a compreensão crítica do problema, entendendo o racionalismo, que ainda influencia o processo civil no século XVII. O segundo servirá para, revisando as fontes teóricas trazidas, expormos a necessidade de uma postura de juiz Hércules dworkiniano atuando em processos que versem sobre controle de negócios jurídicos pré-processuais.

Abrir-se-á o estudo a partir das questões histórico-filosóficas que

-
- 1 A expressão “ser-no-mundo” encontra sentido em Heidegger (2005, p. 90-911), que sintetiza “A expressão composta “ser-no-mundo”, já na sua cunhagem, mostra que pretende referir-se a um fenômeno de unidade. Deve-se considerar este primeiro achado em seu todo. A impossibilidade de dissolvê-la em elementos, que podem ser posteriormente compostos, não exclui a multiplicidade de momentos estruturais que compõem esta constituição. O achado fenomenal indicado nesta expressão comporta, de fato, uma tríplice visualização. Ao se examinar esse achado, mantendo-se previamente a totalidade do fenômeno, pode-se ressaltar o seguinte: 1. o “em-um-mundo”; no tocante a este momento, impõe-se a tarefa de indagar sobre a estrutura ontológica de “mundo” e determinar a ideia de mundanidade como tal (cf. cap. 3 dessa seção). 2. O ente que sempre é, segundo o modo de ser-no-mundo. Investiga-se aqui o que indagamos com a interrogação “quem?” Numa demonstração fenomenal devemos determinar quem é e está no modo da cotidianidade mediana da presença (cf. cap. 4 dessa seção). 3. O ser-em como tal; deve-se expor a constituição ontológica do próprio em (cf. cap. 5 dessa seção).”.
 - 2 A expressão “ser-no-processo” parte da construção de Isaia (2011, p. 108) que explica que a inserção do intérprete no ambiente do direito e do processo para desvelar a significação do fato, através da linguagem, assumiria o juiz a condição de ser-no-mundo, sendo nesse caso específico um “ser-no-processo”.
 - 3 A expressão “grau zero de sentido” é oriunda da construção teórica de Streck (2014, p. 448), que aponta que em um estado onde não há hermenêutica existiria, portanto, uma atribuição de sentido conforme a vontade do intérprete, de sua própria consciência.

permitem a compreensão estrutural básica para um pensamento crítico acerca da postura de juiz Hércules dworkiniano no atual contexto do judiciário brasileiro.

No próximo tópico abordar-se-á a questão do Novo Código de Processo Civil, instituído pela lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, apontando as suas quebras paradigmáticas, especificamente no caso de formulação de negócios jurídicos pré-processuais. Além disso buscar-se-á, no mesmo tópico, abordar os riscos de uma postura inadequada de um juiz sobre essa grande liberdade de constituição de um procedimento especial entre as partes.

Por derradeiro, as considerações finais enfrentarão os desafios do tema estudado, consolidando e interligando as lentes críticas construídas para análise da atividade jurisdicional e o novo instituto da criação de negócios jurídicos pré-processuais atípicos.

1 COMPREENSÕES INICIAIS PARA UM PENSAMENTO CRÍTICO

Há que se fugir do marco zero de conhecimento e, a partir de uma revisitação aos aspectos relevantes acerca da construção epistemológica que dá sustentáculo ao sistema jurídico nacional e a sua análise histórica, compreendermos em qual panorama estamos inseridos.

Neste sentido, buscar-se-á, a partir de três eixos, encontrar os fundamentos mínimos necessários para adquirirmos novas lentes - críticas - de compreensão e aplicá-las para observação no novo código de processo civil.

1.1 O racionalismo como marco histórico

O racionalismo, etimologicamente, deriva do latim *ratio*, que por sua vez significa razão. A razão, frise-se, tem relação direta com as ciências exatas, proporcionadas pela matemática. O racionalismo trata-se de um conceito histórico que tem suas fundações na própria razão como possibilitadora da produção de uma verdade absoluta. Não se trata, entretanto, de qualquer razão. Trata-se, na realidade, de uma razão científica que é baseada em métodos.

Interessante fazer ressalva quanto ao alerta de Weber, que remete à complexidade de se tratar o racionalismo, tendo em vista que o mesmo é muito abrangente e difundido em praticamente todas as doutrinas filosóficas do período em que floresceu, tendo em vista que esse conceito ditou a forma produzir conhecimento da época (WEBER apud SILVA, 2004 p. 73).

Para melhor entendermos como surgiu o racionalismo, traremos em um histórico evolutivo, os principais filósofos que possibilitaram que o racionalismo se desenvolvesse e se firmasse na sociedade moderna, tendo reflexos ainda na pós-modernidade atual.

Tudo se inicia com Platão, que viveu de 427 a.C. até 347 a.C., sendo o primeiro grande filósofo que se pôde observar as características do racionalismo. Discípulo de Sócrates, uma figura emblemática da época, que figurava como protagonista em diálogos publicados por Platão.

Para o presente estudo, interessa destacar que as publicações de Platão deram início à ciência da filosofia, por introduzir questões como o método do diálogo e da discussão. Platão buscava a verdade acima de tudo, a partir de construções conceituais e princípios eternos e perfeitos, que são características principais do racionalismo (SAVATER, 2015, p. 25).

Avançando, temos Aristóteles, que viveu de 384 a.C. até 322

a.C., com grau de importância tão grande quanto Platão para a filosofia. Foi discípulo de Platão por 20 anos até o rompimento com seu mestre, por entender que a busca da verdade se desse de maneira diferente. Voltado para a observação como propulsora do conhecimento, tem-se a construção do que entendemos por empirismo a partir dos ensinamentos aristotélicos que derivaram para a constituição do que se entende por raciocínio lógico atualmente (SAVATER, 2015, p. 40).

Os ensinamentos de Aristóteles dominaram a Idade Média, até o rompimento por movimentos revolucionários que mexeram na concepção epistemológica do mundo e trazendo a Idade Moderna. Em uma tentativa bem-sucedida de abandonar o empirismo aristotélico fortemente embebido nas construções do saber influenciados pela Igreja. Tais movimentos buscaram a construção de uma nova base epistemológica que desse uma nova visão de mundo à realidade da época, desvinculada da teologia.

Fruto de uma promoção por parte classe social burguesa, os intentos “fundaram-se numa racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva, expressando valores, crenças e interesses próprios das camadas sociais emergentes em luta contra o feudalismo aristocrático-fundiário.” (WOLKMER, 2002, p. 24-25).

Prosseguindo, Descartes tem posição de merecido destaque na construção do racionalismo. A partir da obra “Discurso e método”, publicada em 1637, Descartes conseguiu definir metodologicamente a produção de conhecimento científico, a partir de quatro preceitos: o primeiro referia-se à não aceitação de nada como absoluta verdade; o segundo referia-se à divisão e segmentação das coisas até o máximo possível, para que possa ser compreendida em sua totalidade; o terceiro, fundava-se na escalada de compreensão de um objeto mais simples

até chegar ao mais complexo; por quarto e último preceito, Descartes identificou que é necessária uma classificação pormenorizada e organizada para que não hajam omissões sobre a matéria a ser analisada.

Descartes, a partir de suas contribuições, é considerado o filósofo precursor da filosofia moderna, tendo em vista que conseguiu estabelecer, através de métodos, julgamentos para atestar e comprovar o que seria ou não real, fugindo da subjetividade do ser humano. (SAVATER, 2015, p. 78).

Pouco tempo depois, Hobbes traz uma obra que marca a história, transpondo os aspectos da filosofia do século XVII para o mundo jurídico e político. A obra supracitada se trata de “O Leviatã”, publicada pela primeira vez em 1651. Ao trazer os aspectos da relação da política com a filosofia e o direito, Hobbes aborda que o modelo de juiz ideal e “neutro” seria o juiz boca-da-lei, um juiz que ser mero aplicador do texto legal. Tais aspectos são os que tornaram possível o absolutismo. As obras de Hobbes denotam uma profunda sedução pela matematização direito, no claro intento de torna-la equiparada às ciências exatas, priorizando a segurança jurídica sobre a justiça. Seria a expressão da lei a vontade do tirano e, portanto, a justiça (SILVA, 1997, p. 113-116).

Spinoza, ainda que sendo um racionalista, traz a fusão da razão com o espírito, numa forte tendência teológica de seus estudos empreendidos (SAVATER, 2015, p. 90). Sob fortes influências do pensamento cartesiano, questionou diversos dogmas religiosos ensinados pelos sacerdotes, estimulando o estudo próprio dos textos sagrados, que o fez a partir dos ensinamentos racionalistas. Tais atitudes o levaram ao exílio na Holanda (SAVATER, 2015, p. 91). A grande contribuição de Spinoza com o direito vem da utilização da matemática para atingir a “essência do ser”, sendo que isso acaba por desembocar em um

entendimento de que o direito deriva do poder (SILVA, 2004, p. 71).

Fechando a rápida digressão histórica dos principais filósofos do racionalismo e apontando a sua entrada no processo civil, Ovídio Baptista intervém no sentido de apontar em Locke e Leibniz como os grandes responsáveis pela geometrização do direito (ISAIA, 2012, p 90).

Leibniz, filósofo alemão que teve sua principal obra publicada em 1688, tenta construir a ciência do direito como uma ciência puramente racional, que o professor Ovídio aponta como a gênese do sistema de conceitos, conforme pode ser observado nessa passagem:

Senão de definições, não das demonstrações dos sentidos, mas da razão e são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato. [...] Portanto, não é surpreendente que os princípios destas ciências sejam verdades eternas, pois todos eles são condicionais, e nem sequer necessitam que algo exista, mas apenas que aceitem sua suposta existência (SILVA apud ISAIA, 2012, p. 92).

Em Locke, temos a dedicação à pesquisa das fontes do pensamento, onde a filosofia teria o papel de desvelar o seu conhecimento interno. A compreensão em Locke, viria ou da forma intuitiva ou demonstrativa. Na forma intuitiva a compreensão se daria através de percepções sensoriais do indivíduo. Na forma demonstrativa temos a matematização da moral, que seria passível de ser demonstrada. A entrada no mundo do processo civil se dá a partir da definição lockeana de “mundo dos direitos” e “mundo dos fatos” que influenciou a cisão entre práxis (prática) e doxa (crença comum) (ISAIA, 2012, p. 91).

Como bem alertou Ovídio A. B. Silva (1997, p. 132), que o direito processual civil nasceu comprometido com o ideal racionalista e dele ainda não se desgarrou completamente. Tal é a relevância do

racionalismo, que se expõe os apontamentos de Ovídio (2004, p. 49) para que se consiga compreender a sua contemporaneidade:

Dizemos alegremente que racionalismo, que supunha ser o Direito uma ciência tão exata quanto a matemática, está definitivamente morto e sepultado. É o *dictum*. É o discurso. No mundo real, no entanto, não apenas preservamos zelosamente as instituições formadas para realizar essa quimera, como encantamo-nos com suas virtudes milagrosas. É o *factum*. É o discurso invertido que, ao mesmo tempo em que impede a evolução do sistema, mantém-nos confiante em seus prodígios.

A partir dessas considerações históricas, espera-se que o leitor entenda que o que há por trás do processo civil hoje tem raízes de mais de dois mil anos, desde as concepções platônicas e do surgimento da filosofia moderna. Assim, essa parte do texto serve mais como um convite à reflexão acerca de todos os pensadores trazidos e serve também como um alerta sobre a complexidade das implicações do racionalismo no mundo atual.

1.2 O pós-positivismo exegético atual, o solipsismo e o juiz Hércules de Dworkin

Superados os aspectos históricos iniciais, que serviram como as boas-vindas ao pensamento crítico pretendido, dar-se-á um salto histórico diretamente ao pós-positivismo exegético atual, como local de fala para abordar as problemáticas vindouras.

Nesse sentido Lênio Streck (2010, p. 17-18) demarca:

Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da

fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Passo por essa experiência cotidianamente. Permito-me explicar isso melhor: há muito as minhas críticas têm tido como alvo o positivismo pós-exegético, isto é aquele positivismo que superou o positivismo das três vertentes (exegese francesa, pandectística alemã e jurisprudência analítica da common law). Ou seja, sempre considerei muito simplista reduzir a crítica do direito a uma simples superação do deducionismo legalista (e os nomes que a isso se dê). Portanto, tenho apontado minhas baterias contra a *principal característica do positivismo pós-exegético, qual seja, a discricionariedade*. [...] Qual é o problema, então? Na verdade, o que aconteceu é que os juristas se esqueceram que Kelsen e Hart promoveram, em sistemas jurídicos distintos, uma virada no positivismo. De todo modo, *importa mais para nós a viragem kelseniana, que acabou impulsionando um voluntarismo judicial sem precedentes*, a partir da “maldição kelseniana” constante no famoso capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito.

Lênio, ao explicitar o atual momento do positivismo, revela que na intenção de mostrar a superação do fiel cumprimento da lei, em uma cegueira digna de um juiz jupiteriano, acaba por apostar no sentimento do juiz para que decida, onde se firma em próprias experiências para dizer o direito. Ainda quanto a isso, o autor reforça que não há mais a necessidade de se repisar a superação desse positivismo exegético oriundo do juiz jupiteriano “boca-da-lei”, que resta evidente (STRECK, 2010, p. 19).

Ocorre que essa “viragem kelseniana” supracitada impulsiona justamente uma atividade tão nefasta quanto a atitude de limitar-se a dizer o direito a partir da lei: o voluntarismo imbricado em um juiz com postura solipsista.

Por solipsismo, necessário destacar, recorre-se à própria etimologia da palavra, de origem latina. A primeira parte tem ligação com “*solus*”, que significa só. A segunda parte tem ligação com “*ipse*” que

significa mesmo. Disso, extrai-se que, aplicado à realidade jurídica, um juiz solipsista é aquele que decide com base em experiências próprias, com base em si mesmo.

Ao associar-se a discussão de uma concepção voluntarista, tal qual Lênio Streck explora, onde o juiz passa a decidir conforme a sua própria consciência e experiência, temos a personificação de um juiz com caráter solipsista.

Na obra *Verdade e Consenso*, Streck (2011, p. 38-39) elenca Hart e Kelsen como principais responsáveis por esse momento do decisionismo judicial que presenciamos no pós-positivismo exegético. Por Hart porque este entende que se deve confiar plenamente nos juízes para a solução das lacunas da lei. Por Kelsen porque este entenderia a sentença justamente como um ato de vontade.

Busca-se gancho na última afirmação para destacar que não se pode justificar o solipsismo do juiz em uma decisão, tendo em vista que a origem etimológica da palavra sentença é referente à palavra sentimento, que se coaduna com a filosofia da consciência.

Tendo-se em vista a necessidade de superação da filosofia da consciência, de raízes racionalistas, a hermenêutica filosófica tem o condão de possibilitar que situemos o juiz como ser-no-mundo (ou ser-no-processo) para que as suas decisões deixem de ser calcadas em suas próprias vontades e voltem-se para uma pré-compreensão alicerçada na constituição.

Assim, a hermenêutica como ciência da compreensão, precisa ser utilizada como instrumento de fuga da filosofia da consciência, que retira uma parcela grande do poder do sujeito-intérprete e transportá-lo da pré-compreensão de matéria a partir do solipsismo para uma pré-compreensão constitucional digna de um Estado Democrático de Direito

(SILVA, 2004, p. 49).

Existem, na doutrina, diversos modelos de juiz que caracterizam como o mesmo decide. Impende salientar que exaurir as características de cada um deles não é o objetivo deste trabalho. Como norte, procura-se encontrar o que o juiz Hércules de Dworkin tem de características essenciais para aplicação no caso efetivo do controle de negócios pré-processuais.

Nada mais plausível do que buscar em Dworkin o assentamento fundacional necessário para, após, delimitar sob quais lentes serão interpretados os seus ensinamentos. Assim, para Dworkin (2002, p. 164), o juiz Hércules provém de uma construção complexa que exemplifica a partir de casos difíceis, tendo sua construção inicial a partir dessas considerações:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de *um jogo*. *Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules*. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele *aceita as principais regras não controversas* que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele *aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos*, e que os juizes *têm o dever geral de seguir as decisões anteriores* de seu tribunal ou dos tribunais superiores *cujo fundamento racional* (rationale), como dizem os juristas, *aplica-se ao caso em juízo*. (Grifou-se)

A partir dessa construção, Ronald Dworkin explicita diversos

casos difíceis, estipulando a postura que o juiz Hércules tomaria em cada um deles. Dessas atitudes, se pode elencar um caminho comum que obrigatoriamente perpassa a adoção de um sistema constitucional que será a base de pré-compreensão do intérprete, onde esse intérprete adotará uma teoria de princípios que seja pertinente à constituição, adotando para isso uma questão filosófico-política em complemento (DWORKIN, 2002, p. 166-167).

Como marco, Dworkin traz a responsabilidade de volta ao intérprete, que busca, pela coerência e integridade, formular a sua decisão (ISAIA, 2012, p. 156), que permeariam argumentos de princípio e argumentos política⁴.

Dworkin entende ainda que somente a partir de argumentos de princípio, tomando em conta a tradição, a coerência e a integridade do direito, seria possível alcançar uma resposta correta e adequada em direito (LIMA, 2015, p. 65). Por resposta correta, Lima entende que seria a “adequadas à Constituição, razão pela qual precisa estar amparada em uma hermenêutica filosófica integrativa, buscando, na intersubjetividade, a comunhão em torno de regras e princípios para a construção do Estado Democrático de Direito” (LIMA, 2015, p. 48).

Em que pese ter-se destacado a necessidade de combate à

4 Quanto à definição de argumentos de política e de princípio, Dworkin (2002, p. 129-130) leciona: “Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. As vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política.

discricionariedade, necessário é fazer a diferenciação desta com a arbitrariedade. Distinguem-se por ser a arbitrariedade antidemocrática e a discricionariedade uma “marca do papel criativo do juiz dentro da dimensão ético-jurídica e da historicidade do direito.” (ESPÍNDOLA, 2008, p. 234).

Nesse sentido, ao abordar o juiz Hércules de Dworkin, Streck (2011, p. 382) entende que “Hércules definitivamente não é a encarnação do “juiz/sujeito-solipsista”, mas, sim, a antítese do juiz discricionário, este refém da filosofia da consciência.”

Especificando uma última faceta do juiz Hércules de Dworkin, utiliza-se dos ensinamentos de Motta para destacar a que o “juiz Hércules” de Dworkin é um “juiz responsável“. Motta discorre que a partir de uma discricionariedade fraca, o juiz responsável/Hércules seria capaz de escolher uma resposta adequada, dentre as várias possibilidades de respostas adequadas cabíveis, desde que baseada em argumentos de princípio (MOTTA, 2012, p. 127-157).

Ao que se propôs a exposição desse primeiro capítulo, espera-se ter explicitado a carga ideológica básica, que é sustentáculo do modelo de processo civil que vigora em pleno século XXI. Ainda, ao explicitar como o juiz Hércules se posiciona diante da decisão judicial, espera-se que seja possível extrair algumas das características mais marcantes desse modelo de juiz. Passa-se agora ao estudo dos novos negócios pré-processuais, interligando os temas estudados.

2 NEGÓCIO JURÍDICO PRÉ-PROCESSUAL ATÍPICO

Item completamente inovador no novo diploma legal 13.105/2015, que instituiu um novo código de processo civil no país, o

artigo 190 desse diploma tem em seu âmago a modalidade genérica de um negócio jurídico pré-processual.

Com base voltada para satisfazer a vontade das partes, o negócio jurídico pré-processual atípico ganha relevância no campo das ciências sociais aplicadas. Como proposto já no início do presente ensaio, buscar-se-á demonstrar os aspectos relevantes da matéria que deverá ser controlada por um juiz, e, nesse caso, espera-se que o controle seja feito por um juiz Hércules dworkiniano.

A opção pelo modelo de juiz feita, justifica-se por entender-se que somente a partir de uma compreensão hermenêutica é que será possível que o controle judicial dos negócios pré-processuais atípicos seja blindado contra decisões solipsistas.

Para fugir da matematização jurídica que os enunciados tentam promover, a partir de uma redução de complexidade pela casuística, deve ser combatido os intentos pela formulação de uma pré-compreensão constitucional e processual pertinente ao julgamento dos casos, sob pena de tornar o artigo 190 do NCPC uma letra morta na legislação.

Acredita-se que os enunciados têm um valor especial para as partes litigantes, que poderão nortear suas teses a partir das sugestões trazidas por esses mecanismos, desde que consigam dar sustentação plausível às suas teses. O que se espera é que o juiz não seja infectado por tais enunciados e que adote uma postura hermenêutica no processo, para assim impedir que os grilhões do solipsismo lhe aprisionem ou que o mantenham preso.

Corroborando, cabe destacar os apontamentos de Ovídio Baptista, que atesta que a quebra paradigmática racionalista só se dará com a compreensão hermenêutica:

Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a “vontade da lei”, fica subtendido que eles não têm mais a mínima possibilidade discricionária de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem a compreensão hermenêutica que supere o dogmatismo, não haverá solução. E isto supõe discricionariedade (SILVA, 2004, p. 114).

Nessa toada, passa-se ao destrinchamento das concepções básicas da matéria, para que se possa entender a necessidade do juiz Hércules nesse caso.

2.1 Os novos negócios jurídicos pré-processuais bilaterais atípicos

Inicialmente se estabelecerá os aspectos mais básicos, utilizando-se do dogmatismo onde é estritamente necessário, qual seja nas definições essenciais para se estudar o processo.

Dentre as opções na doutrina, opta-se por uma vinculada à uma visão como a de Fiuza, que demonstra a sua aderência à compreensão histórica dos negócios jurídicos, onde critica em seu livro a necessidade de se fugir do voluntarismo, o mesmo referido por Streck (2010, p. 18) resultado de uma “vitória de pirro” que gerou o momento pós-positivista exegetico atual, no qual o negócio jurídico é enraizado (FIUZA, 2015, p. 140).

Assim, Fiuza destaca:

[...] *negócio jurídico* é toda ação humana, voluntária e lícita que, condicionada por necessidades ou desejos, acha-se voltada para a obtenção de efeitos desejados pelo agente, quais sejam, criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, dentro de uma perspectiva de autonomia privada, ou seja, de autorregulação dos próprios interesses. [...] *a vontade, nos negócios jurídicos, não pode ser tomada como dogma absoluto*, como se fazia na época do liberalismo, em que era entendida como expressão máxima da liberdade humana. Sabemos que a vontade é motivada, é condicionada por necessidades ou desejos os mais diversos. Assim é que a ideia de autonomia da vontade deve ser substituída pela *ideia de autonomia privada, autorregulação de interesses privados, dentro da concepção de que estes interesses são parte de um todo socioeconômico*, merecedor de tutela do Estado, em defesa da dignidade e da promoção do ser humano. [...] a autorregulação consiste na composição que os particulares realizam dos próprios interesses. Se isto se der nos limites da Lei, esta os dotará de eficácia jurídica. Daí podermos dizer que a Lei é a causa eficiente dos negócios jurídicos. A necessidade ou o desejo é o motivo determinante, e a vontade é o instrumento de exteriorização e realização da necessidade. Os negócios jurídicos devem, pois, deixar de ser definidos como atos de vontade para se definirem como atos de autonomia (FIUZA, 2015, p. 141, grifo nosso).

Assim, a vontade das partes deve ser entendida como autonomia privada, onde busca-se justamente uma autorregulação possível, desde que seja condizente com os interesses sociais, atuando nesse controle o Estado através do Poder Judiciário.

Transportando o conceito explicitado para a compreensão dos negócios jurídicos pré-processuais atípicos, fica evidente que se trata de uma convenção entre as partes que busca, nos termos do artigo 190⁵

5 Art. 190. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo

do NCPC (BRASIL, 2015), de forma generalista (por isso atípica) (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 325), estabelecer um procedimento especial que atenda às vontades dos atores processuais antes do litígio.

Em que pese a possibilidade de se exaurir o conhecimento acerca do artigo 190, por própria delimitação do tema, ater-se-á aos fatos que levarão ao controle judicial da matéria, onde o juiz entenderá que, *a posteriori*, deverá ser controlada a validade dos negócios jurídicos firmados e já válidos.

Já válidos porque, como bem trazido no parágrafo único do artigo em questão, o controle judicial só se dará quando o juiz entender pela necessidade de impedir a aplicação dos negócios firmados, restando claro que não há, contudo, a necessidade de homologação judicial para que os procedimentos especiais pactuados possam ser cumpridos.

Para estudo posterior da postura do juiz no controle, assentase as premissas do entendimento sobre três eixos: dos direitos que admitem a autocomposição; da cláusula abusiva em contrato de adesão; e da vulnerabilidade das partes.

Quanto aos direitos que admitem a autocomposição, Fiuza (2015, p. 53) doutrina que se tratam das que não possuem natureza cogente, ou seja, não são imperativas, não têm em seu texto um cunho obrigacional de cumprimento do que está na Lei. O mesmo autor indica, por outro lado, os direitos disponíveis para autocomposição seriam os inseridos nos tipos de leis dispositivas, que trariam um norte aos indivíduos jurisdicionados, sem, no entanto, ter caráter obrigacional das normas cogentes (FIUZA, 2015, p. 53).

único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Das cláusulas abusivas em contratos de adesão, a sua nitidez do controle é mais evidente, em vista que, em termos contratuais, onde não há a possibilidade de uma das partes conseguir modificar os termos de um contrato, a parte vulnerável é de quem adere ao contrato. Dada a especificidade desse caso, o controle de cláusulas contratuais se torna mais importante.

Ao abordar da vulnerabilidade trazida em caráter genérico, vastas são as discussões acerca do tema, destaca-se os posicionamentos de Tartuce (2012, p. 355-356), que defende que a vulnerabilidade processual permeará, necessariamente, por quatro eixos em sentido amplo, admitindo diversas especificidades e ramificações, sendo eles: a. pela falta de condições econômico-financeiras (como a hipossuficiência); b. falta de saúde; c. falta de informações (é o caso dos consumidores); d. óbices geográficos significativos.

Assim, dada a nova liberdade que as partes foram contempladas para comporem novos procedimentos especiais ajustados às suas necessidades, ao juiz caberá ceifar os benefícios ou atuar por uma resposta adequada aos anseios sociais, dependendo para isso de uma postura de um modelo de juiz específico, objeto da próxima seção.

2.2 O controle pelo juiz Hércules de Dworkin

Em busca de um controle adequado dos negócios pré-processuais bilaterais atípicos do Art. 190 do NCPC, busca-se no modelo de juiz Hércules de Dworkin uma visão de ser-no-processo que abarque de pré-compreensão uma visão constitucional do Estado Democrático de Direito, reforçado pelos novos princípios firmados pelo

NCPC, desde que adequados sob o ponto de vista constitucional.

Assim, do controle a ser feito pelo juiz, tem-se que pode ser denotado como aplicador responsável das normas de estrutura construídas pelas partes, onde, seu papel limitar-se-á ao controle do plano da validade dessas normas de estrutura que formam o procedimento especial pretendido (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 323).

Destaca-se, que no caso específico dos bilaterais atípicos do 190, não há atividade integrativa do juiz (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 323). O juiz não é partícipe. O negócio jurídico pré-processual não é plurilateral, é bilateral. O mesmo autor ainda complementa que o juiz desse caso estudado não é autoridade competente para homologação e não é codeclarante – no sentido de fazer parte da negociação plurilateral (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 324).

Não é necessário homologação ou chancela judicial para produção de efeitos jurídicos do negócio atípico. O juiz só poderá controlar a validade das convenções processuais nas hipóteses restritivas da lei (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 326).

A questão é que vulnerabilidade, abuso de direito e respeito às normas cogentes dão azo ao solipsismo, podendo o juiz fazer uma verdadeira abertura interpretativa a partir da experiência própria para impedir que os negócios jurídicos sejam respeitados.

Nesse caso, o juiz, pelo próprio dever de fundamentar suas decisões, deve fazê-lo de forma adequada e íntegra, a partir de uma visão hermenêutica hercúlea, de forma a atuar como um ser-no-processo com lentes de análise baseadas na constituição, para chegar “à” resposta correta de Dworkin.

Interessante a constatação de Murilo Avelino (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 328), por botar em embate a necessidade da certeza do procedimento versus a necessária adequação da resposta do juiz, nesse sentido expõe: “se ao processo cabe a função de concretização dos direitos materiais, o direito material põe-se como valor regente da criação, interpretação e aplicação das regras de processo.”

Aqui, faz-se a ressalva que não se concorda com a “necessidade” de haver um procedimento certo, muito pelo contrário.

Em tempos de direitos emergentes na sociedade global há sim a necessidade de atender a esses direitos de forma efetiva, o que é avesso às formas estáticas de procedimentos.

Avelino ainda expõe que pela prevalência de um princípio do autorregramento da vontade contido do caput do artigo 190, conclui-se que nada se pede ao juiz, determina-se que o mesmo proceda a alteração no procedimento (ATAÍDE JÚNIOR et al., 2015, p. 326).

Nesse aspecto, paira a dúvida quanto ao fato de um juiz, que senão o Juiz Hércules dworkiniano, conseguir entender o seu papel coadjuvante no procedimento especial. O juiz oriundo do atual período pós exegético dificilmente conseguirá portar-se dessa forma.

Disso, corroborado com a possível necessidade que o judiciário terá de impor para levantar os limites ao autorregramento da vontade, isso só poderá ser feito de forma que se fuja do solipsismo, buscando em Hércules a resposta adequada, a partir de uma visão constitucional do processo.

Quanto à validade, não se pode estabelecer critérios apriorísticos (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 330), tal qual acontecerá se entendermos

tanto os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) quanto os da Escola Nacional Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) como legítimos, sem questionarmos a sua criação a partir de uma visão hermenêutica.

Frise-se que o hercúleo esforço deve ser baseado em uma visão de ser-no-mundo (ser-no-processo) de juiz Hércules de Dworkin, não de um juiz Hércules de Ost, que é uma concepção discricionária em sentido negativo, baseada em solipsismo, nesse sentido coaduna-se com o que Ramos Neto atesta: “demandará um hercúleo esforço da doutrina e jurisprudência para fixar seus contornos.” (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 332).

Por derradeiro, dentro da ideia de cooperação e consenso do Art. 6º do NCPC, é necessário que seja assimilado que *não há protagonismos* (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 332) na construção dos novos negócios jurídicos pré-processuais atípicos e bilaterais.

CONCLUSÃO

A partir do esforço empreendido no presente trabalho, espera-se que tenha se tornado clara a necessidade de conscientizar o magistrado que exercerá o controle dos negócios pré-processuais bilaterais atípicos uma postura equânime aos demais atores do processo, inclusive deixando maior relevância às partes do que a si próprio.

Reforça-se ser desnecessária a manifestação de vontade do juiz para aprimorar os negócios. As partes nada perguntam ao juiz. Resta claro que uma indevida intervenção pode prejudicar a convenção

entre as partes, por motivos de intervenções indevidas. O juízo de razoabilidade do juiz não é solicitado se cumpridos os requisitos de não vulnerabilidade e de não abusividade, quando estiverem impactando sobre direitos que admitam a autocomposição.

Assim, como às partes não é possível disporem sobre situação processual alheia, não caberá ao juiz interferir nos negócios firmados. A capacidade negocial do juiz é limitada aos casos de negócios jurídicos plurilaterais.

Acredita-se que o artigo 190 do NCPC pode ser um grande indício da quebra paradigmática quanto ao seu caráter racionalista, a partir da criação da autonomia privada sustentado em um princípio de autorregramento.

Conforme exposto, é nítido que o juiz, responsável pelo controle dos negócios jurídicos aqui trabalhados, deve entender-se como um juiz ser-no-processo, de forma a evitar que o dispositivo vire letra morta no diploma legal estudado.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. No acordo de procedimento qual é o papel do Juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 321-334, jul./set. 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 maio 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ângela A. S. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a Construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?** 2008.

Tese (Doutorado em Direito Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2486/AngelaEspindolaDireito.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

FIUZA, Cesar. **Curso de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

ISAIA, Cristiano B. **Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano B. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA, Vinícius de M. **Uma teoria hermenêutica da responsabilidade: os direitos sociais entre o ativismo judicial e a decisão jurídica democrática**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5045/Vinicius%20de%20Melo%20Lima_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 20. jun. 2016.

MOTTA, Francisco J. B. **Levando o direito à sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAVATER, Fernando. **Aventura do pensamento: um passeio pela história da filosofia e pelos grandes nomes do pensamento ocidental**.

Tradução de Célia Regina Rodrigues de Lima. 1 ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

SILVA, Ovídio A. B. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. B. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio A. B. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lênio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio L. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

STRECK, Lênio L. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. São Paulo: Método, 2012.

WOLKMER, Antônio C. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Como citar: FERRER, Alexandre de Moura Bonini; RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi; MAICÁ, Richard da Silveira. Controle de negócio jurídico pré-processual bilateral atípico: necessidade de uma postura de juiz hércules dworkiniano. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p.74-100, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p74. ISSN: 2178-8189

Recebido em: 16/10/2016

Aprovado em: 09/02/2018