

Igor Raatz

AUTONOMIA PRIVADA E PROCESSO

Liberdade, Negócios Jurídicos
Processuais e Flexibilização
Procedimental

2ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

xidade do direito atual, razão pela qual se torna necessário pensar em outros modos de adaptação procedimental que estejam legitimados pelo poder de autodeterminação das partes, tendo em vista o papel a elas reivindicados na delimitação da atuação do juiz no direito processual contemporâneo. Diante desse panorama, será feita uma breve abordagem dos *negócios jurídicos processuais* e dos poderes de gestão da causa (*case management*) defendidos pela doutrina brasileira com base em experiência do direito comparado, a qual será analisada para que, em momento posterior, seja possível questionar quais os possíveis modelos de adaptação procedimental que guardam consonância como o modelo constitucional de processo.

2.1 DA RIGIDEZ À FLEXIBILIDADE PROCEDIMENTAL: EM TORNO DA SUPERAÇÃO DO MITO DA ORDINARIEDADE

O Código de Processo Civil de 1973 dividia-se, no que diz respeito ao seu plano organizacional das matérias, em cinco livros. O primeiro tratava do processo de conhecimento; o segundo, do processo de execução; o terceiro, do processo cautelar; o quarto, dos procedimentos especiais; e o quinto, das disposições gerais e transitórias. Com exceção do livro pertinente às disposições gerais e transitórias, cuja presença no Código prendia-se a questões de pura técnica legislativa, a distribuição das matérias operadas nos demais livros tinha sua razão de ser em opções teóricas e ideológicas que marcaram o projeto de Código subscrito por Alfredo Buzaid¹. A exposição de motivos do projeto, por sinal, indicava

1. Pode-se dizer que “o Código de Processo Civil de 1973 teve origem no anteprojeto apresentado, em 1964, pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. Os anos que antecederam a década de 70, mais precisamente a partir do golpe militar de 1964, foram os “anos de chumbo” do Brasil, que culminaram, em março de 1968, no AI-5, com o fechamento do Congresso, a autorização do Executivo para legislar, a suspensão de garantias constitucionais e legais como vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, a permissão para o presidente demitir, remover, aposentar, transferir juízes, empregados e militares, e a suspensão das imunidades parlamentares. A linha adotada neste período foi tão dura que o AI-13 criou a pena de banimento do território nacional, a todo cidadão “inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”. Em nome da “Segurança Nacional” toda e qualquer arbitrariedade era permitida e “legalizada”. Os poderes outorgados ao “executivo” foram de tamanha excepcionalidade que permitiram ao governo legislar sobre assuntos relevantes através de Decretos-Leis. A Constituição de 1967 foi a materialização desses poderes (BUENO, 2010, p. 392). Nesse contexto nascia o Código de Processo Civil de 1973: “instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei” (BUZAIID, 1964, p. 28). Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduziriam a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deveria ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito, notadamente a rapidez e a justiça (BUZAIID, 1974, p. 9). Seria um resultado da técnica, que transcenderia as fronteiras do país, com validade, pois, para muitas nações (BUZAIID, 1964, p. 28)” (RAATZ, Igor. SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. *Justiça & História*. v.9, n.17/18, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009, p. 101).

claramente que a divisão das matérias em livros distintos estava relacionada ao pressuposto da separação entre conhecimento e execução, o que impulsionou a criação de um livro específico para agasalhar o processo cautelar, concebido como um terceiro gênero (*tertium genus*) de processo, em que atos de cognição e execução misturam-se, evitando-se, com isso, a possibilidade de “contaminação” do processo de conhecimento com atos materiais que seriam próprios do processo de execução². Essa cisão entre conhecimento e execução era uma herança do direito romano, que, no bojo da modernidade, se fez absolutamente suficiente para servir de instrumento ao paradigma racionalista que gradualmente foi tomando corpo da ciência processual.

Não se pretende, nesta obra, aprofundar a questão desde a perspectiva do direito romano, nem analisar detidamente os influxos do racionalismo na construção do mito da *ordinariedade*³. O que importa destacar aqui é a estrutura que tomou corpo no procedimento civil brasileiro, fundamentalmente caracterizada por um ideal de rigidez procedimental aliado à plenariedade da cognição, tendo-se por pressuposto para tanto a ideia de que a função jurisdicional consistiria em declarar o direito com base num juízo de certeza próprio das matemáticas⁴. Trata-se, pois, de desvelar aquilo que Ovídio A. Baptista da Silva denominou de mito da *ordinariedade*.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973 estruturou-se a partir da lógica da *ordinariedade*, seja na sua perspectiva formal, seja na sua perspectiva substancial. Ao prescrever que a todas as causas aplicava-se o procedimento comum, ordinário ou sumário, salvo disposições do próprio código ou de lei especial, o legislador buscou traçar uma divisão entre procedimento comum e procedimentos especiais, o que não chegava a obscurecer o papel central do procedimento ordinário,

2. Nesse sentido, a previsão do item 11 da exposição de motivos do Código Buzaid: “a matéria dos três primeiros livros corresponde à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar. A dogmática do processo civil moderno sanciona esta classificação. O processo cautelar foi regulado no Livro III, porque é um *tertium genus*, que contém a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”.
3. Para tanto, sugere-se a leitura de RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
4. Conforme Ovídio A. Baptista da Silva, “o chamado ‘processo de conhecimento’, na verdade processo somente ‘declaratório, vocacionado para demandas *plenárias*, é o instrumento dessa ideologia [de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a ‘vontade da lei’. É através do ‘processo de conhecimento’, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, par somente depois de haver descoberto a ‘vontade da lei’ (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27).

2.2 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL PELAS PARTES

Sem dúvida, um dos maiores sintomas da mudança no modelo de processo introduzido pelo atual Código de Processo Civil foi o modo como ele tratou dos chamados “negócios jurídicos processuais”. É verdade que, realizando uma profunda pesquisa histórica, é possível verificar indícios de desenvolvimento do tema no direito alemão ainda no século XIX. No entanto, os ventos “hiperpublicistas” que dominaram o processo a partir da influência de Bülow acabaram por sufocar as engenhosas tentativas de dar às partes um amplo poder de autodeterminação no bojo do processo e, com isso, inclusive, adaptar o procedimento às suas necessidades concretas. Partindo, no entanto, de toda a construção teórica até aqui desenvolvida, é fácil enxergar com outros olhos o tema dos negócios jurídicos processuais e pensá-los como um importante instrumento de tutela da liberdade e da autonomia privada no direito processual. Animando-se por esse ponto de vista é que se passa ao desenvolvimento do tema.

2.2.1 Do conceito de negócio jurídico

O uso da expressão “negócio jurídico”, para o direito moderno, aparece pela primeira vez em Nettelblatt, no ano de 1749, para designar a atividade do homem no mundo do direito. A sua formulação completa e harmônica somente veio a ser desenvolvida quase um século depois, por Savigny⁶⁷, em que pese alguns autores reivindicuem a originalidade no uso da expressão *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico) à obra de Gustav Hugo⁶⁸. Deve-se ressaltar, no entanto, que Savigny utiliza como sinô-

67. MIRABELLI, Giuseppe. Negócio giuridico. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozio-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993, p. 1.

68. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 90. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222, nota 199. No entanto, excelente pesquisa histórica realizada por Alejandro Guzman Brito, demonstra que a utilização da expressão “negócio jurídico”, iniciada com Nettelblatt, foi seguida por seus discípulos e, assim, “se la encuentra en Adolf Dietrich Weber (1753 - 1817), en una obra de 17849. También en Ernst Christian Westphal (1737 - 1792) en un trabajo de 1792. Lo propio ocurre en el célebre comentario a las Pandectas de Christian Friedrich Glück (1755 - 1831) iniciado en 1790. Asimismo en Christoph Christian Dabelow (1768 - 1830), en un libro de 1796, en donde el autor hace sinónimos *rechtliche Handlungen - rechtliche Geschäfte* y *negotia iuridica - actus iuridici*” (GUZMAN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del Contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. *Rev. estud. hist.-juríd.*, Valparaíso, n. 26, p. 187-245, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552004002600007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 30 de março de 2016). Sugere-se,

nimos os termos “negócio jurídico” e “declaração de vontade”⁶⁹, considerando, nessa perspectiva, que os fatos jurídicos podem proceder de atos livres cujo objeto imediato seja formar ou destruir uma relação de direito, recebendo, aí, a denominação de *manifestações de vontade*⁷⁰.

Nessa primeira aproximação conceitual, fica evidente que a expressão “negócio jurídico” nasce atrelada à *vontade*, sendo essa a concepção prevalente, ainda hoje, na doutrina brasileira⁷¹. Na doutrina estrangeira, também não é incomum que se considere a essência do negócio jurídico ser um “*manifestación o declaración de voluntad*” dirigida a produzir efeitos jurídicos que o ordenamento realiza “*en cuanto queridos*”⁷². Na verdade, na busca de uma definição do conceito de negócio jurídico, gradualmente foram sendo formadas duas grandes concepções: de um lado, a doutrina voluntarista (também denominada subjetivista), que dá ênfase à gênese do negócio jurídico e, de outro, a doutrina objetivista (preceptiva), que enxerga o negócio jurídico a partir da sua função, vale dizer, como meio para a produção de efeitos jurídicos⁷³. Para a primeira

para um aprofundamento da história da terminologia “*negotium iuridicum*” a leitura do referido artigo de Alejandro Guzman Brito.

69. CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1985, p. 20.
70. SAVIGNY, Friedrich Carl von. de. *Sistema del derecho romano actual*. Tomo II. Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Prólogo de D. Manuel Durán y Bas. 2ª ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879, p. 151.
71. Conforme Antônio Junqueira de Azevedo “as definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira, na qual, aliás, com poucas exceções, nem sequer se cogita da concepção oposta; correspondem elas, grosso modo, à definição que o art. 81 no Código Civil brasileiro dá ao ‘ato jurídico’. Deixando de lado as obras mais antigas, quando a concepção em pauta era a única existente, basta, para confirmar o estado atual da doutrina brasileira, examinarmos as definições dadas ao negócio jurídico (muitas vezes ainda chamado de ato jurídico) em alguns dos livros mais difundidos para o estudo do direito civil nas faculdades de direito do País” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 4-5).
72. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albetosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 27. Em sentido similar, Messineo afirma que “negocio juridico es una declaración de voluntad (*privada*), o un conjunto de declaraciones de voluntad (*privadas*), dirigidas a la *producción* de determinados *efectos jurídicos*” (MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Doctrinas generales. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 338).
73. Para uma análise crítica das duas concepções, ver AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 4-14. Cabe registrar que no interior dessa disputa teórica, a teoria da vontade foi gradualmente sendo substituída pela teoria da declaração, a qual dá ênfase à manifestação exteriorizada pelo sujeito, e não à intenção que está na base do ato praticado. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, “embora se possa ver a teoria da declaração como uma fase para se chegar às concepções objetivas, convém insistir, porém, em que os partidários da teoria da declaração não se afastaram demasiado da concepção voluntarista tradicional, como a princípio poderia parecer. Basta pensar que a divergência entre eles e a corrente adversária (teoria da vontade) se colocou como: ‘qual a vontade que deve prevalecer, a vontade interna ou a vontade declarada?’, para se perceber que o ângulo é ainda voluntarista” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 10-11, nota 18). No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello refere que “ambas as teorias são, substancialmente, coincidentes, uma vez que nelas predomina o voluntarismo como

corrente, a ênfase está na vontade do sujeito para fazer nascer a vinculação contratual, sendo indispensável a concordância entre o elemento volitivo e a própria declaração⁷⁴. Enquanto isso, para a segunda concepção, o negócio jurídico é considerado como um produtor de efeitos jurídicos, não exatamente enquanto querer, mas enquanto ato valorado como socialmente útil⁷⁵. Desse modo, “a vontade, como fato interno e anteriormente determinado, esgota-se na declaração, que a absorve”. Nessa linha, confunde-se com a própria pessoa da qual emana a declaração, enquanto o preceito da autonomia privada, dada a sua essência preceptiva, adquire vida exterior, destacando-se do seu autor⁷⁶. Segue essa última linha, ainda que não o faça de modo absoluto, Emilio Betti, para quem o negócio jurídico “é o acto pelo qual o indivíduo regula, por si, seus interesses, na relação com outros (acto de autonomia privada)”⁷⁷.

O embate teórico entre as posturas voluntaristas e objetivas – que tem seu nascedouro na dicotomia entre codificação civil e comercial do direito alemão no início dos novecentos⁷⁸ – levou à distinção entre autonomia da vontade e autorregramento, na medida em que a autonomia da vontade estaria ligada ao momento inicial para praticar o ato jurídico, enquanto a segunda, ao momento final, vale dizer, aos efeitos que do ato resultam⁷⁹. Com efeito, a autonomia da vontade estaria atrelada à teoria

fundamento do negócio jurídico. A divergência se cinge à prevalência quanto à vontade interna e a declarada, quando conflitantes. Em ambas, no entanto, não se dispensa, nem se poderia dispensar, a exteriorização da vontade como elemento material, objetivo, do negócio jurídico (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225, nota 203).

74. PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, pp. 19-21.
75. MIRABELLI, Giuseppe. Negócio giuridico. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASSARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVIII (Negozio-Nunzio). Varese: Giuffrè, 1958-1993, p. 11.
76. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 49.
77. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 107.
78. Sobre o ponto, é bastante precisa a lição de Galgano, no sentido de que, diante da duplicidade dos sistemas de direito privado e, conseqüentemente, do rompimento da unidade do sujeito jurídico, a categoria do negócio jurídico se introduz com a precisa função de reconduzir as desigualdades formais, introduzidas pela codificação, a um princípio de igualdade, na medida em que, como categoria abstrata, poderia dominar ambos os sistemas de direito privado, servindo, assim, como elemento unificador. Sucede que, ao englobar os traços dos contratos mercantis, a categoria do negócio jurídico sofreu uma modificação no seu conteúdo: “a la teoría de la voluntad, dominante en la segunda mitad del siglo, se une la teoría de la declaración, que mantiene la preponderancia de la declaración sobre la voluntad divergente del declarante”. Desse modo, om a teoria da declaração “comienza un proceso de objetivación del intercambio, el cual tiene a perder parte de sus caracteres originarios de voluntariedade” (GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 44).
79. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

voluntarista do negócio jurídico, ao passo que o autorregramento ou autonomia privada estaria ligado à noção segundo a qual a declaração de vontade, como fato objetivo, é que conteria a aptidão para produção de efeitos jurídicos⁸⁰. Nenhuma delas, porém, responde suficientemente à questão relativa à estrutura do negócio jurídico⁸¹, vale dizer aos elementos que caracterizam determinado ato jurídico com um negócio jurídico.

Que o negócio jurídico seja um instrumento da autonomia privada, como afirmou Betti, não há dúvida. É certo dizer, como fez o jurista italiano, que ele serve para uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas⁸². Indo mais além, tem-se, com Galgano, que o negócio jurídico é construído de modo a cobrir por inteiro “*la vasta area entro la quale la costituzione o la modificazione o l’estinzione dei rapporti giuridici è, in vario grado, rimessa alla libera determinazione dei privati*”, o que faz dele um conceito coextensivo ao de autonomia privada⁸³. Essa perspectiva, por sinal, agasalha muito bem a ideia defendida anteriormente, com base em Ferri, no sentido de que a autonomia privada traduz um *poder* de criar normas jurídicas (dar para si um ordenamento)⁸⁴, sendo, pois, o negócio jurídico um meio adequado para o exercício desse poder. Isso não significa, obviamente, a construção de um sistema de multiplicidade de ordenamentos jurídicos coexistentes, como propagando pelas doutrinas institucionalistas⁸⁵. A autonomia privada encontra limites no próprio ordenamento jurídico (compreendido em sentido *lato* para abarcar a ordem legal e constitucional). Porém, a existência desses limites não impeça que se possa atribuir aos sujeitos um poder de autorregramento, de conferir normas jurídicas para, no espaço de liberdade conferido pela ordem jurídica, criar normas jurídicas reguladoras das suas próprias relações.

Partindo para uma análise estrutural do negócio jurídico, deve-se ter por premissa que negócio jurídico é espécie do gênero fato jurídico. Fato jurídico pode ser concebido como aqueles “*eventos o circunstancias*

80. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 44-45.

81. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

82. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 102.

83. GALGANO, Francesco. *Negoziio giuridico (diritto privato)*. In: CALASSO, Francesco; SANTORO PASARELLI, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del diritto*. Volume XXVII (Morale-negoziio). Varese: Giuffrè, 1958-1993, p. 934.

84. FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Traducción y notas por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1969, p. 8.

85. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p.46.

y situaciones de hecho de las que derivan consecuencias conforme a derecho o en contra del mismo⁸⁶. Partindo da noção de que o fato jurídico é aquele que recebe, do ordenamento jurídico, a aptidão para produzir efeitos jurídicos⁸⁷, vale dizer que determinada, por si só ou junto com outros um efeito jurídico⁸⁸, é possível dividi-lo, tendo em vista a origem do elemento fático, em fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos em sentido lato, os quais abarcam tanto os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos⁸⁹. Não cabe, neste momento, fazer uma detida análise da teoria do fato jurídico, muito menos de todos os problemas advindos da dualidade entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico que lhe é pressuposta⁹⁰. Importa, no entanto, registrar que o ato jurídico se diferencia do fato jurídico em sentido estrito na

86. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 10.

87. Conforme Pontes de Miranda, “*fato jurídico* é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 77). No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade ensina que “*facto jurídico* é todo o facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (*maxime* da vida social) produtivo de efeitos jurídicos, ou – por outras palavras – todo o facto da vida real juridicamente relevante” (ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Vol. II. 8ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1). No mesmo sentido, Francisco Galgano, para quem “se suele definir como hecho jurídico cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificaci3n el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo o modificativo o extintivo de relaciones jurídicas” (GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 21).

88. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Traducción por Blas Pérez González y José Alguer. Volumen segundo. Primera Parte. Barcelona: Bosch, 1981, p. 7.

89. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 24.

90. Não há um mundo jurídico separado do mundo dos fatos até porque o homem encontra-se no mundo como ser-no-mundo e não como que num outro plano (nem o dos fatos, nem o do direito) e de lá pudesse apreendê-los como se fossem realidades autônomas. O caso concreto não oferece apenas fatos, pois assume desde já um sentido jurídico problemático que lhe é constitutivo, que lhe unifica e individualiza como um certo caso jurídico (CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema metodológico da juridicidade* (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 275). Também a norma não é apenas um dado pressuposto a ser convocado a resolver o caso. Ambos estão em permanente e dinâmica construção, o que impede que possam ser visualizados em termos meramente abstratos. A realização do direito, desse modo, se opera num todo unitário, que trabalha com fontes, fatos, interpretação e aplicação. Somente num esforço de análise é possível apontar várias operações (MENEZES-CORDEIRO, António. Os dilemas da ciência do direito no final do século XX. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. CIII). Isso significa que, embora seja possível numa perspectiva abstrata teorizar a respeito dos fatos e do direito como se fossem entidades autônomas, diante da complexidade do caso concreto essa separação perde toda a sua razão de ser. Trata-se de um artificialismo que, segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, tem inspiração nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e do *dever ser*, e que deita raízes nos filósofos do século XVII. Segundo ele, “o Direito, como *ciência da compreensão*, existe no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36).

medida em que o elemento humano se faz presente nos atos jurídicos⁹¹ estando ainda revestido pela vontade humana⁹².

Com efeito, o ato jurídico é assim caracterizado na medida em que a norma jurídica considera relevante que ele tenha sido praticado pelo ser humano, ao passo que o elemento volitivo é imprescindível para diferenciá-lo do mero ato-fato, constituindo o cerne do seu suporte fático. Porém, na categoria dos atos jurídicos, é necessário distinguir os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*. Nestes últimos, “a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação escolha a escolhido”⁹³. No caso, a eficácia do ato é pré-determinada pela lei e se realiza necessariamente sem que a vontade do agente possa modificá-la (para ampliá-la, restringi-la ou limitá-la)⁹⁴.

O negócio jurídico, por sua vez, teria surgido exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento no mundo jurídico⁹⁵. Na sua estrutura, tem-se a declaração de vontade⁹⁶ como característica primária à qual o direito, acompanhando a visão social, atribui os efeitos que foram manifestados como queridos, atribuindo a elas, pois, efeitos constitutivos de direito, o que

-
91. Refere Pontes de Miranda que “quando o ato humano entra no mundo jurídico como ato, ou temos atos jurídicos *stricto sensu*, ou negócios jurídicos, ou atos ilícitos” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 395).
92. Conforme Pontes de Miranda, “se o direito entende que é relevante essa relação entre o fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, lícito ou ilícito, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 29).
93. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 31. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 447.
94. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218.
95. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 3, §249. Em sentido similar, Manuel A. Domingues de Andrade refere que “o negócio jurídico constitui o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (singular ou colectiva) para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, tais como os entende e aprecia. A esta ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de *autonomia privada*” (ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Vol. II. 8ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 27).
96. De acordo com Manuel A. Domingues de Andrade, deve-se entender por declaração de vontade “todo o comportamento que exteriorize, visto de fora, um certo conteúdo volitivo. O que constitui elemento do conceito de negócio jurídico é só esta *exterioridade* ou *aparência* da vontade negocial. A realidade ou interioridade correspondente só poderá ser requisito da validade do negócio, mesmo que a sua falta, porventura, ocasione nulidade absoluta” (ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Vol. II. 8ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 25). Nessa linha, tem-se uma junção das noções voluntaristas e objetivistas do negócio jurídico, convivendo ambas na configuração do negócio jurídico.

seria a sua característica secundária⁹⁷. Daí a noção de negócio jurídico como declaração de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos⁹⁸. O negócio jurídico, portanto, não é apenas declaração de vontade, mas, sim, declaração de vontade “*que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido*”⁹⁹.

Para avançar no tema dos negócios jurídicos processuais é necessário realizar algumas reflexões a partir de críticas comumente realizadas a um possível engessamento que seria conferido ao fenômeno jurídico pela teoria do fato jurídico. Para Wilson Engelmänn, por exemplo, a expressão regra jurídica em Pontes de Miranda tem a intenção de subordinar os fatos à regra e ordená-los, numa nítida pretensão de previsibilidade¹⁰⁰. Trata-se de um tema que, no âmbito do direito processual, tem gerado uma série de problemas e controvérsias, notadamente pela utilização recorrente de “cláusulas gerais”, as quais tem servido para conferir ao órgão julgadores uma gama de poderes sem critérios para que sejam limitados¹⁰¹. Em certa medida, a questão da flexibilização procedimento (pelo juiz *ou* pelas partes) encontra-se diante de semelhante dilema.

97. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

98. MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Doctrinas generales. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 338.

99. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Traducción por Blas Pérez González y José Alguer. Volumen segundo. Primera Parte. Barcelona: Bosch, 1981, p. 64.

100. ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a(necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonal Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011, p. 348. Nesse sentido, o problema da teoria pontiana, ao valer-se do artificialismo mundo dos fatos/mundo jurídico, consistiria em pressupor a possibilidade de respostas – dadas pelas regras jurídicas – antes das perguntas, como se o mundo jurídico (artificialmente criado pelo homem) fosse dotado de uma espécie de aptidão de futurologia capaz de prever todos os fatos. A propósito, adverte Engelmänn, “o mundo jurídico não tem condições de prever tudo”, razão pela qual propõe uma releitura da teoria do fato jurídico pontiana, a partir da “possibilidade de flexibilizar a construção do ‘suporte fático’ de tal forma que nele possam ser incluídos fatos futuros e imprevisíveis no momento de sua definição”, que tem como ponto de partida “o conjunto das fontes do Direito e em observância dos contornos característicos de cada caso da vida” (ENGELMANN, Wilson. Os avanços nanotecnológicos e a(necessária) revisão da Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: compatibilizando “riscos” com o “direito à informação” por meio do alargamento da noção de “suporte fático”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Orgs. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonal Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2011, p. 359-360).

101. Um dos melhores exemplos de leitura crítica acerca do tema pode ser encontrado na tese de livre docência de Otavio Luiz Rodrigues Jr., na qual, em algumas passagens, faz-se menção ao chamado “mal de Hedemann”, em alusão ao clássico “*A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o Direito e Estado*” de Justus Wilhelm Hedemann (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 18).

Isso porque, no tocante à construção procedimental, há uma tensão entre previsibilidade e adaptação de acordo com o caso concreto. Embora seja verdade que um processo sem um mínimo de previsibilidade pode servir de palco para o árbitro, também é verdade que a visão rígida do procedimento é, sem dúvida, um anacronismo e representa uma forma de encarar o procedimento de modo neutro e indiferente à realidade do direito material. Desse modo, a estrutura procedimental mínima do processo deve, em primeiro lugar, corporificar as garantias contrajurisdicionais de liberdade das partes frente ao Estado-juiz. Em segundo lugar, o procedimento deve ser estruturado de acordo com as nuances do direito material. Nessa segunda perspectiva, se apresentam algumas possibilidades: a construção de procedimentos especiais, a concessão de poderes jurisdicionais de adaptação da tutela jurisdicional ao direito material por meio de conceitos vagos, maleáveis às peculiaridades do caso concreto, a concessão de poderes jurisdicionais de adaptação do procedimento e, por fim, a possibilidade de que as partes possam realizar adaptações procedimentos por meio de negócios jurídicos processuais.

2.2.2 Negócio jurídico processual como espécie de fato jurídico processual: uma breve análise da evolução do tema

Linha comum das diversas concepções de processo é a ordem e o movimento. Mesmo para aqueles que concebem o processo como relação jurídica entre autor, juiz e réu, é impossível negar o caráter dinâmico do processo (movimento) e que tal dinamicidade segue uma determinada lógica (ordem)¹⁰². Daí a noção de processo como *conjunto* ou *complejo de atos*. Chiovenda, por exemplo, afirmava que o processo é um conjunto de atos: *porém, não se trata, naturalmente, de uma série de atos desligados e independentes, mas de uma sucessão de atos coligados para o fim comum de atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente até alcançar esse fim*¹⁰³. É nesse contexto que se insere o conceito de ato

102. Conforme Carnelutti, "la palabra *procedimiento* (de *proceder*) denota no tanto una *sucesión* (de *suceder*) de actos como una *vinculación* entre actos sucesivos; en otras palabras, mientras *sucesión* implica una vinculación puramente temporal (un acto viene después de otro), *procedimiento* recuerda un vínculo más íntimo entre varios actos sucesivos (...) la coordinación se desarrolla en una progresión, en virtud de la cual cada acto está no tanto en relación cronológica como en relación lógica con el precedente y el subsiguiente, de manera que se puede configurar prácticamente como el peldaño de una escalera (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Volumen 1. Buenos Aires: EJEA, 1950, p. 420).

103. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil* (istituzioni di diritto processuale civile). Volumen I: conceptos fundamentales la doctrina de la acciones. Traducción del italiano y