XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriel Antinolfi Divan; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Raymundo Juliano Feitosa.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-614-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

O livro que ora se apresenta é fruto dos artigos debatidos no Grupo de Trabalho intitulado Formas Consensuais de Solução de Conflitos I, por ocasião do XXIX Congresso Nacional do Conpedi, realizado no Campus da prestigiada Universidade do Vale do Itajaí, em Balneário Camboriú, Santa Catarina. Os textos, que se encontram identificados por título e extrato de conteúdo, demonstram o quão desenvolvidas se encontram as discussões de um tema que, outrora incipiente, vem ganhando espaço na academia e nas práticas institucionais. São os seguintes os capítulos que compõem o livro:

1- "A CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE COMO FORMA DE ATRIBUIR EFICIÊNCIA A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA": Trata-se de estudo destinado a analisar a possibilidade de atuação da Administração Pública por meios consensuais, bem como as diretrizes atinentes da nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, em especial no tocante ao disposto no artigo 17-B, que se refere à celebração de acordo de não persecução civil entre o réu e o Ministério Público, assegurados os princípios institutivos da isonomia (artigo 5º, caput, da CR/88), da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da CR/88), em atenção à efetiva participação dos envolvidos no termo de acordo. O texto também questiona se a realização de termo de ajustamento de conduta no âmbito das ações de improbidade pode ser caracterizada como uma forma de atribuir eficiência à atividade administrativa.

2- "A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA SOCIOLOGIA REFLEXIVA DE PIERRE BOURDIEU: PERSPECTIVAS E DESAFIOS" Nesse artigo aborda-se, a partir da perspectiva da sociologia reflexiva de Pierre Bourdieu, a ruptura do paradigma tradicional da Administração Pública e a implementação dos mecanismos de resolução consensual de conflitos no campo burocrático. Por conseguinte, questiona-se: de que forma a ruptura do paradigma tradicional da Administração Pública pode contribuir para a implementação dos meios adequados de resolução de conflitos no âmbito administrativo? O objetivo geral da pesquisa é analisar de que modo tal mudança pode contribuir para a implementação da resolução consensual de conflitos envolvendo a Administração Pública. Para tanto, busca-se: a) investigar de que maneira se estabelece o campo e o habitus burocráticos da Administração Pública; b) averiguar a modificação do

paradigma tradicional administrativo; e c) perquirir a nova postura consensual adotada pelo Poder Público no contexto da gestão adequada de conflitos.

3- "A DESJUDICIALIAÇÃO DOS CONFLITOS EMPRESARIAIS SOB O VIÉS DA NEGOCIAÇÃO COLABORATIVA: INTERFACES ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA EM PROL DA RESPONSABILIDADE SOCIAL". Nesse trabalho, analisa-se a técnica da negociação colaborativa como instrumento adequado na desjudicialização de conflitos empresariais, a partir de uma relação entre o direito e a economia em favor da responsabilidade social. Para tanto, em que medida a negociação colaborativa pode contribuir como técnica adequada de resolução de disputas empresariais sob uma perspectiva da análise econômica do direito em prol da responsabilidade social? Inicialmente, discorre-se sobre a desjudicialização, e, em ato subsequente, desenvolve-se aportes teóricos sobre a negociação, com enfoque na negociação colaborativa. Ato contínuo, objetiva-se estabelecer interfaces entre a economia e o direito sob uma visão na negociação colaborativa, para então adentrar nos benefícios da técnica colaborativa nas atividades empresariais em prol da responsabilidade social. Conclui-se que a negociação colaborativa nos conflitos empresariais, sobre uma análise de custo-benefício, se sobrepõe de forma positiva em relação a rotineira solução judicial, pelo simples fato dos custos do processo judicial, aliado ao tempo e risco (incertezas) do processo. A contribuição para a responsabilidade social é reflexa, na justificativa de manutenção da relação negocial entre os envolvidos, permanência da cadeia produtiva, o que contribui indiretamente para a subsistência de todos os envolvidos na manutenção da atividade empresarial, atendendo aos propósitos de uma empresa cidadã, comprometida ao cumprimento dos anseios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

4- "A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU". O estudo tem como objetivo explorar a mediação como uma das formas de acesso à justiça, atendendo às diretrizes do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da Agenda 2030 da ONU, o qual se propõe a buscar a paz, a justiça e o funcionamento eficaz das instituições. Diante do novo paradigma da sustentabilidade e da complexidade dos conflitos sociais, o Poder Judiciário deve recorrer a alternativas eficazes, através da implementação de métodos adequados de solução de conflitos, no sentido de garantir o acesso à justiça, sem nenhuma discriminação, para que se construa uma sociedade pacífica, com respeito às pessoas de forma igualitária. Analisa-se que a mediação é uma das formas que possibilitam a resolução destes conflitos por meio de um processo democrático constitucional-deliberativo que incentiva regras da intervenção mínima do Estado e de cooperação entre as partes, de modo a ressignificar esses antagonismos, a fim de que sejam vistos sob uma ótica positiva.

5- "A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL CULPOSA DECORRENTES DO ERRO MÉDICO E OS DESAFIOS DECORRENTES DA RUPTURA DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE". As ações penais decorrentes de erro médico têm aumentado gradativamente, ocasionando processos longos e dolorosos para as partes envolvidas. Sendo assim, busca-se novas maneiras de solucionar tais conflitos, mas que permitam às partes a compreensão dos atos praticados e suas consequências. Dessa forma, discute-se a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes de lesão corporal culposa ocasionados por erro médico, como forma de reconhecimento dos danos provocados e revaloração das partes. Entretanto, exsurge a seguinte pergunta: é possível aplicar a Justiça Restaurativa, verificando-se a voluntariedade das partes diante da quebra de confiança na relação médico-paciente e a diferença de conhecimento técnico entre autor e vítima? Para responder a presente pergunta orientadora, buscou-se discutir a diferença entre erro médico e iatrogenia, a Justiça Restaurativa como via alternativa e autônoma na resolução do conflito penal para, ao final, verificar se é possível, de fato, permitir o diálogo informado entre o médico e o paciente através dos círculos restaurativos, preservando-se os direitos fundamentais das partes e as consequências em eventual ação penal pública.

6- "A REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS POR VIA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL – MANUAL PRÁTICO". O ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito de propriedade e esta deve cumprir sua função social. Este direito não é automático ao cidadão, ainda que tenha exercido a posse, por longo tempo, de forma mansa e pacífica sobre um imóvel. Mas tal direito pode ser efetivado pelo cidadão, por via do instrumento da usucapião. O processo judicial da usucapião, porém, é desnecessariamente burocratizado, afastando o cidadão comum de seu direito de propriedade. Uma alternativa mais adequada seria o procedimento da usucapião extrajudicial, prevista no artigo 216-A da Lei 6.015/73 - Lei de Registros Públicos e regulamentada pelo Provimento 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça. Este caminho, porém, é desconhecido das pessoas, impedindo o exercício de seu direito à aquisição da propriedade pelo instituto da usucapião. Assim, o objetivo do trabalho é a elaboração de um manual prático para otimizar o procedimento da usucapião pela via extrajudicial, permitindo que os cidadãos possam regularizar seu imóvel de uma forma mais efetiva, menos onerosa e burocrática. Espera-se, como resultado do trabalho, demonstrar a celeridade do instituto da usucapião extrajudicial por simplificação da regularização fundiária e que o manual prático resultante possa constituir-se em um efetivo instrumento de trabalho dos operadores do direito.

7- "A UTILIZAÇÃO DA CONCILIAÇÃO NO PROCEDIMENTO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS DECORRENTES DO SUPERENDIVIDAMENTO: OS REFLEXOS

SOCIOJURÍDICOS DA LEI Nº 14.181/21". Esse texto tem como objetivo apresentar reflexões acerca do fenômeno do superendividamento e da relevância da conciliação no procedimento de repactuação de dívidas, enunciando os reflexos sociojurídicos trazidos pela Lei nº 14.181/2021. Constata-se, com o estudo, que a sociedade de consumo e a pandemia causada pela COVID-19 contribuíram para o aumento das situações de superendividamento. Verifica-se, também, que o meio autocompositivo viabilizado pela conciliação na Lei nº 14.181/2021 assegura aos cidadãos superendividados um amplo acesso à justiça, sob a perspectiva da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, com ênfase no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da preservação do mínimo existencial. Certifica-se, por fim, que as proteções sociais e regulamentações fomentadas não se destinam somente à proteção do consumidor, mas também à sustentabilidade das relações econômicas defendida e regulada pela ordem econômica por meio das previsões constitucionais.

8- "AMEAÇA À EQUIDADE DE GÊNERO: QUANDO A MEDIAÇÃO E A CONSTELAÇÃO FAMILIAR SE ENCONTRAM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER". O trabalho explora o tema da mediação institucionalizada de conflitos para casos de violência contra a mulher. Parte do problema da compatibilidade desta forma de resolver controvérsias em situações de desigualdades crônicas, como as vivenciadas pelas mulheres brasileiras. Desenvolve-se a partir de uma leitura crítica sobre a implementação da política judiciária instituída pela resolução 125/2010 do CNJ e seu incentivo de uma cultura da paz e sobre a disposição da Política Nacional de Justiça Restaurativa por meio da resolução 225/2016 do CNJ. Tem-se objetivo geral analisar se o discurso pela harmonia nas relações interpessoais não mascara e reproduz as hierarquias inerentes às relações de gênero, levanta como hipótese central a de que o avanço quanto à admissão de novas juridicidades não é capaz de eliminar a revitimização das vítimas de violência e peca pela adoção de mecanismos pautados pela pseudociência. Como objetivos específicos explora o desenvolvimento da adoção dos métodos autocompositivos pelo Judiciário brasileiro e a implementação dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, além de levantar a literatura jurídica que une a reflexão sobre gênero e métodos adequados de solução de conflitos, como é o caso da justiça restaurativa e o uso da chamada constelação familiar. Conclui-se que a reprivatização da violência contra a mulher pelo uso da mediação e da constelação familiar se choca com a busca plena por uma justiça de gênero.

9-" ARBITRAGEM E AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ERA DIGITAL". O objetivo do trabalhoé analisar a arbitragem nos processos jurídicos em relação às novas tecnologias digitais, em especial, os Smart Contracts

(contratos inteligentes), o Blockchain (livro-razão) e o Metaverso (internet 3D) – um espaço-tempo virtual, imersivo, interativo, coletivo e hiper-realista –, que, de acordo com especialista de grandes conglomerados de tecnologia, representa o próximo estágio da internet. Significa que a internet ampliará a interatividade, para tornar-se uma espécie de meio termo entre a vida real e a vida virtual do indivíduo, por meio da tecnologia 3D, que cria ambientes específicos para que os usuários possam conviver e interagir entre eles. Deste modo, questiona-se o método tradicional de arbitragem em face dos novos entendimentos, e do surgimento de plataformas digitais, que se utilizam destes recursos para melhor atender as perspectivas de fazer valer a justiça, na era digital. A pesquisa intenta, portanto, apresentar a total aplicabilidade destes instrumentos tecnológicos na dissolução de controvérsias extrajudiciais, conceituando o “processo arbitral”, a “cláusula arbitral”, as novas tecnologias e sua empregabilidade. Para esse fim, busca-se investigar os efeitos econômicos e sociais que as novas tecnologias podem proporcionar, principalmente nos quesitos de segurança, celeridade, praticidade e economicidade, requisitos essenciais ao processo arbitral.

10- "DA NECESSIDADE DE (RE)PENSAR O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E PROMOVER O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA". O trabalho investiga o estado atual do direito fundamental ao acesso à justiça no Brasil e analisa quais instrumentos podem reforçar sua efetividade. Para tanto, averigua-se o seu aspecto conceitual e como seu significado evoluiu ao longo do tempo, os números da justiça brasileira no ano de 2021, traçando um paralelo em relação ao cenário mundial e os reflexos desses dados obtidos em relação ao acesso à justiça e à sua finalidade maior, de assegurar direitos fundamentais às pessoas. Conclui-se que ainda há muito a ser feito no Brasil para efetivar o direito fundamental de acesso à justiça e os direitos que por ele podem ser assegurados, ante à infinidade de ações ajuizadas todos os anos e a incompatibilidade dessa demanda com as possibilidades humanas do Poder Judiciário. Ao final, propõe-se repensar o acesso à justiça e elenca-se instrumentos jurídicos aptos a proporcionar uma ampliação ao acesso a uma ordem jurídica justa.

11- "GESTÃO DE CONFLITOS PARA ALÉM DA VIA JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES E REFLEXÃO". O texto trata dos meios de resolução dos conflitos para além da órbita da decisão judicial – como, vg, podem ser os expedientes de conciliação, mediação e a arbitragem - e sua aplicabilidade no cotidiano dos cidadãos, bem assim a forma como essas práticas são vistas pelos profissionais do Direito e pelos próprios possíveis usuários. Procura-se fazer breve análise dos métodos consensuais de solução de conflitos por meio de interferências extrajudiciais e como, efetiva e tecnicamente, estas podem operar na construção de uma sociedade menos violenta, sem esquecer as dificuldades e a resistência encontradas para sua concretização de fato, bem assim o contexto social e econômico que se

coloca como base de atuação do terceiro imparcial, solucionador do conflito. Com efeito, conclui-se que os métodos de autocomposição e os meios alternativos adequados a resolução de conflitos, sozinhos, não vão conseguir acabar com a crise enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, porquanto para que se diminua o número de processos novos e em trâmite na Justiça brasileira, faz-se necessário, inicialmente, uma mudança na mentalidade dos operadores do direito, bem como dos litigantes, com o intuito de se alterar a cultura da litigiosidade e buscar a pacificação social.

Apresentados os temas do livro, o leitor perceberá o quão ecléticos são e, principalmente, o compromisso de cada um dos autores em problematizar as questões afetas ao tema nuclear consistente nas formas consensuais de solução de conflitos. Muito ainda há de ser feito e construído, porém o caminho encontra-se pavimentado e os frutos, por certo, serão percebidos. O horizonte é promissor!

Ótima leitura a todos, é o que desejam os organizadores!

Balneário Camboriú, primavera de 2022.

Gabriel Antinolfi Divan - Universidade de Passo Fundo - RS. Email: divan.gabriel@gmail.com

Raymundo Juliano Feitosa - Universidade Católica de Pernambuco. Email: raymundojf@gmail.com

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro- Escola Superior Dom Helder Câmara. Email: lgribeirobh@gmail.com

APLICABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL AOS CONTRATOS DE ADESÃO REALIZADOS ATRAVÉS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

APPLICABILITY OF PROCEDURAL LEGAL BUSINESS TO ADHESION CONTRACTS CARRIED OUT THROUGH ELECTRONIC COMMERCE

Horácio Monteschio [1]
Wyllamar Jacinto Oliveira Silva [2]
Viviane Coêlho de Séllos Knoerr [3]

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual aos contratos de adesão realizados através do comércio eletrônico, tema bastante controvertido, haja vista que os contratos eletrônicos não possuem regramento próprio, causando uma certa insegurança jurídica para o consumidor. No negócio jurídico processual as partes tem a oportunidade de convencionar e estipular mudanças nos procedimentos processuais, em casos que admitam autocomposição, para ajustá-los às especificidades dos negócios avençados, antes mesmo de instauração de processo, isto é, as regras processuais são ajustadas por meio de contrato, público ou privado, e mesmo extinta a relação jurídica, a demanda em juízo terá seu procedimento já previamente definido pelas partes no tocante ao ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Por meio de pesquisa bibliográfica e adoção de método o dedutivo, verificou-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e suas diretrizes protetivas e o papel do Estado intervencionista ante a existência de desigualdade entre as partes contratantes, o chamado dirigismo contratual, frente ao negócio jurídico processual.

Palavras-chave: Comércio eletrônico, Relação de consumo, Hipossuficiência do consumidor, Negócio jurídico processual

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the possibility of applying the procedural legal business to adhesion contracts carried out through electronic commerce, a very controversial topic, given that electronic contracts do not have their own rules, causing a certain legal uncertainty for the consumer. In the procedural legal business, the parties have the opportunity to agree and stipulate changes in the procedural procedures, in cases that admit self-composition, to adjust

---

[1] Pós doutor pelo Unicuritiba, universidade de Coimbra, pela Universidade Regia Calábria. Doutor pela Fadisp, mestre pelo Unicesumar

[2] Tabelião e mestrando pelo CERS

[3] Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado UNICURITIBA. Pós-Doutora na Universidade de Coimbra.

them to the specifics of the agreed business, even before the initiation of the process, that is, the procedural rules are adjusted by By means of a contract, public or private, and even when the legal relationship is extinguished, the procedure in court will have its procedure already defined by the parties regarding the burden, powers, faculties and procedural duties, before or during the process. Through bibliographic research and the adoption of the deductive method, it was verified the applicability of the Consumer Defense Code and its protective guidelines and the role of the interventionist State in the face of the existence of inequality between the contracting parties, the so-called contractual steering, against the procedural legal business.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: E-commerce, Consumer relationship, Consumer deficiency, Procedural legal business

1 INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da Internet, o crescimento do comércio virtual se ampliou de forma significativa, tornando-se uma das principais formas de comercialização de bens e serviços no Brasil, mercado que representa cerca de 19 bilhões de dólares anuais[1].

Diante dessa comercialização em massa, o contrato eletrônico vem se tornando um dos principais meios de formalização de obrigações, destinado a regular estas novas situações jurídicas em conformidade, sobretudo, com os preceitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, bem como com os princípios fundamentais dos contratos, razão pela qual é premente a necessidade de regulamentar as transações no meio virtual.

O Contrato é um acordo entre duas ou mais pessoas em conformidade com a vontade delas, sendo estabelecidos direitos e obrigações segundo a lei e os princípios que conduzem os contratos em geral. No contrato, as partes declarantes disciplinam os efeitos patrimoniais que anelam atingir, conforme a autonomia de suas vontades e restringidas pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social. Ressalte-se a importância da manifestação da vontade para a existência do negócio jurídico, uma vez que *se*m o querer humano não há negócio jurídico e, consequentemente, sem negócio jurídico não há contrato.

O contrato eletrônico detém particularidades próprias que os diferenciam dos demais contratos, com exceção, na sua realização, dos mesmos requisitos de admissibilidade no que concerne ao contrato tradicional, ou seja, os contratos eletrônicos se distinguem apenas em relação ao instrumento de formação, que é o meio eletrônico. O contrato eletrônico é considerado válido desde que apresente todos os requisitos para a celebração de um negócio jurídico. A contratação pela via eletrônica pode se realizar de forma completa ou parcial, pode se tratar de transações negócio a negócio, negócio a consumidor, intraorganizacional etc.

Quanto à forma de execução dos contratos eletrônicos, eles podem ser diretos ou indiretos. No primeiro, a execução é feita no próprio ambiente virtual, no último, acontece quando o bem é de natureza tangível e sua execução no ambiente virtual é.

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, regulamentação expressa no que concerne a modalidade de contratação por meio eletrônico, o que gera vários conflitos entre as partes, tais como questões pertinentes à proteção do consumidor, a assinatura digital e, principalmente, a privacidade de dados.

[1] Disponível em https://kinsta.com/pt/blog/estatisticas-do-ecommerce/, acesso 08 jun 2022.

Ademais, diferentemente do legislador do Código de 1973, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) teve como objetivo a simplificação do processo, reduzindo consideravelmente o número de procedimentos especiais, optando, ainda, por adotar o modelo do procedimento comum, que passa a abarcar todas as situações gerais.

Com espírito inovador, o NCPC criou uma modalidade de procedimento, classificada como especialíssima, da qual os negócios jurídicos processuais derivam, sendo convencionado entre as partes de modo bilateral, ou, ainda, celebrado em juízo e de maneira mais complexa[2] estabelecendo-se o procedimento no âmbito endoprocessual.

Neste sentido, o artigo 190 da lei processual, disciplina o negócio processual dispondo que uma vez tratando o processo de direitos que admitem autocomposição, "é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades 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".

Nesse negócio jurídico as partes tem a oportunidade de convencionar e estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, antes mesmo do processo, isto é, inserindo por meio de contrato, público ou privado, o negócio jurídico de natureza processual, em que uma vez extinta a relação jurídica, deve a demanda, que for a juízo, ser processada na forma e nos moldes ali pactuados.

O presente artigo analisará a possibilidade de aplicação do negócio jurídico processual aos contratos de adesão realizados através do comércio eletrônico, tema bastante controvertido, haja vista que o contrato eletrônico não possui regramento próprio, causando uma certa insegurança jurídica para o consumidor. Será examinado a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e suas diretrizes protetivas e o papel do Estado intervencionista ante a existência de desigualdade entre as partes contratantes, o chamado dirigismo contratual.

[2] Modo de fazer ou de proceder. Há quem prefira chamá-lo de negócio jurídico plurilateral (cf. FREDIE DIDIER JR. Curso de direito processual civil, vol. 1, 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 378; PAULA SARNO BRAGA. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007).

2 CONTRATO ELETRÔNICO

Após discorrer brevemente na introdução acerca do conceito do contrato eletrônico, bem como seus objetivos e sua execução, trataremos aqui dos sujeitos envolvidos na sua formação, quais sejam, o fornecedor e o consumidor, cada qual com suas características e premissas, bem como faremos uma classificação dos contratos eletrônicos segundo a doutrina de Mariza Delapieve Rossi (1999)

Desse modo, além de comentar cada figura sob o molde do comércio tradicional e eletrônico, serão apuradas as posições majoritárias quanto ao conceito adotado pela legislação, doutrina e jurisprudência. Assim como também, será analisada a vulnerabilidade a que estão expostos os consumidores ante esta nova modalidade de contrato.

2.1 Consumidor

A definição de consumidor, destaca Cláudia Lima Marques (2007, p. 68), "[...] é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores". Tendo em vista a dificuldade do conceito, bem como buscando evitar controvérsias, o CDC define consumidor em seu artigo 2º como "[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Segundo Othon Sidou (1977, p. 02), consumidor é qualquer pessoa, seja ela jurídica ou natural, que contrata, em regra, sem forma especial, a aquisição de produtos ou a prestação de serviços, exceto quando a lei expressamente a exigir.

No entanto, a definição de consumidor não pode tomada apenas com base no disposto no artigo 2° do CDC, que discorre acerca do conceito de consumidor padrão, ou consumidor destinatário final, pelo contrário, atualmente o conceito de consumidor permite uma acepção bem mais ampla, como é o caso do chamado consumidor por equiparação. Desse modo, é importante que se faça uma análise das posições teóricas adotadas para explicar o fenômeno.

O Código adotou um conceito de consumidor exclusivamente de caráter econômico, isto é, levando em conta apenas o agente que adquire bens e/ou, então, contrata serviços no mercado de consumo como destinatário final, agindo desse modo para fins de atender uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial (FILOMENO, 2001, p. 26/27).

A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou

serviço, isto é, que o retire do mercado, encarando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 60).

Isto é, a citada corrente considera irrelevante se a pessoa objetiva a satisfação de necessidade pessoal ou profissional, se visa ou não lucro ao adquirir a mercadoria ou usufruir do serviço. Reconhecendo a chamada "destinação final fática", que nada mais é senão a situação de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor perante o mercado, podendo ser esta,

> [...] técnica (ausência de conhecimentos específicos quanto aos caracteres do bem ou serviço consumido), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos) ou socioeconômica (posição contratual inferior em virtude da magnitude econômica da parte adversa ou do caráter essencial do produto ou serviço por ela oferecido). (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 60)

Contudo, Cláudia Lima Marques (2007, p. 70) assevera que o problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral, pois retiram do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para sua atividade-fim, de produção e de distribuição. Ainda, questiona qual a necessidade de se configurar um comerciante como consumidor, protegendo um fornecedor junto ao outro, já que o Código Civil regula a relação entre iguais.

Para a corrente finalista ou subjetiva, que interpreta de maneira restritiva a expressão "destinatário final", o consumidor é aquele que retira de uma vez por todas o produto ou serviço de circulação do mercado. Desta forma, o objetivo do consumidor ao adquirir produtos e/ou utilizar serviços seria nutrir uma necessidade ou satisfação de ordem pessoal ou privada, e não para fins de desenvolver atividade de cunho empresarial ou profissional (DENSA, 2009, p. 6).

Assim, segundo Fábio Konder Comparato, muito antes da promulgação da Lei nº 8.078/90, consumidor

> [...] é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, dos empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende, por sua vez, de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, neste sentido, é também, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, neste sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção ao consumidor, quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria. (COMPARATO, 1974, p. 90-91)

Diante do exposto, adotou o STJ a corrente finalista mitigada ou atenuada, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica no caso concreto, senão, vejamos:

> Responsabilidade civil. Concessionária de telefonia. Serviço Público. Interrupção. Incêndio não criminoso. Danos materiais. Empresa provedora de acesso à Internet. Consumidora Intermediária. Inexistência de relação de consumo. Responsabilidade objetiva configurada. Caso fortuito. Excludente não caracterizada. Escopo de pacificação social do processo. Recurso não conhecido.
> 1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp.nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica,
> 2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de *homepages*, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lídimo cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância. (REsp 660.026/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzinni).

No caso em tela, analisa-se a responsabilidade civil de uma empresa intermediária que era provedora de acesso à internet, sob a visão da teoria finalista ou subjetiva mitigada, ou seja, uma vez não constatada a hipossuficiência daquela, concernente aos critérios de vulnerabilidade apontados anteriormente, a relação de consumo foi afastada.

Explicada a teoria Finalista, percebe-se que esta se adapta perfeitamente a visão tida pelo legislador, uma vez que definiu consumidor como toda pessoa física e jurídica que adquire produtos ou serviços como destinatário final, isto é, sem visar implementar uma atividade econômica ou obter de lucro, mas sim, para fins pessoais ou privados.

Sendo assim, diante da conceituação de consumidor tanto por parte do CDC quanto da doutrina e jurisprudência, cabe destacar que a internet surgiu como uma reconfiguração das relações entre as pessoas, revolucionando a economia e possibilitando oportunidades econômicas às empresas, empregados e consumidores de uma maneira nunca vista antes.

Rogério Montai de Lima (2008, p. 162) assegura que, ao passo que ocorre o aumento do uso da internet, constata-se uma maior vulnerabilidade do consumidor no ambiente virtual, visto que este tem habitualmente seus direitos violados por empresas não confiáveis.

Por sua vez, Jean Carlos Dias (2001, p. 108), dispõe que "em se tratando de contratos de consumo efetuados em meio virtual, o consumidor, por definição, não somente se apresenta como parte vulnerável, mas também como hipossuficiente, em razão do evidente fator de adversidade decorrente do elemento tecnológico."

Em outras palavras, conclui-se que a vulnerabilidade é a própria razão de ser do CDC, que tem por objetivo auxiliar o consumidor que está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor Contrariamente, Fábio Ulhoa Coelho (2006), discorre que tanto no comércio eletrônico quanto no ambiente físico a vulnerabilidade do consumidor é a mesma, ou até menor. Para ele, o consumidor é mais passível de constrangimento no ambiente físico, vez que certamente o vendedor procurará convencê-lo a comprar o produto, enquanto no ambiente virtual ele não é pressionado a adquirir o bem, podendo buscar informações com maior calma.

Desse modo, os negócios jurídicos celebrados de forma eletrônica devem estar pautados pelo princípio da boa fé, visto que o consumidor e o fornecedor nem ao menos chegam a se encontrar. Portanto, convém estabelecer e verificar os princípios constituídos pelo Código de Defesa do Consumidor visando uma total concordância nos acordos de consumo formalizados pela internet.

2.2 Fornecedor

Em relação ao seu conceito pouco difere os autores, ao que se atribui à abrangência da definição contida no artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, que afirma ser o fornecedor toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Diferentemente do que ocorre com o conceito jurídico de consumidor, o de fornecedor é bastante amplo, conforme destaca o doutrinador Bruno Miragem:

> Destaca-se a amplitude da definição legal. O legislador não distingue a natureza, regime jurídico ou nacional do fornecedor. São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio

> Estado, diretamente ou por intermédio de seus Órgãos e Entidades, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo. Da mesma forma, com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil. (MIRAGEM, 2012, p. 135).

Ante o exposto, entende-se por fornecedor, conforme o CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, não havendo, por parte do legislador pátrio, a distinção quanto a sua natureza ou regime jurídico, por exemplo. Desse modo, o conceito de fornecedor é amplo, abrangendo tanto as empresas estrangeiras quanto as multinacionais.

Consoante Sergio Cavalieri Filho,

> A estratégia do legislador permite considerar fornecedores todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica ("entes despersonalizados"), atuam nas diversas etapas do processo produtivo (produção-transformação-distribuição-comercialização-prestação), antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final. Deste modo, não apenas o fabricante ou produtor originário, mas, também, todos os intermediários (intervenientes, transformadores, distribuidores) e, ainda, o comerciante – desde que façam disso as suas atividades principais ou profissões, serão tratados pela lei como fornecedores. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 73)

Vislumbra-se a definição de fornecedor sob dois panoramas: o fornecedor profissional e o fornecedor presumido. O primeiro se destaca por seu amplo conhecimento no ramo em que trabalha, estando à disposição para atender os consumidores não experientes em determinados meios de serviços ou produtos. Já o segundo, traz para mercado em que está atuando, produtos ou serviços fabricados no exterior, no entanto, são responsáveis por futuros vícios ou defeitos decorrentes do produto ou serviço ofertado.

Antônio Carlos Efing compreende:

> Entende-se como fornecedor presumido o importador e comerciante de produto anônimo, ou "aquele que importa produtos para venda, locação, leasing ou qualquer outra forma de distribuição, assim como aquele que forneça mercadoria sem identificação ou identificação imprecisa". (EFING, 2011, p.84).

Assim, o exemplo mais comum nos dias atuais são os sites que vendem produtos importados, bem como alguns de compra coletiva, ambos podendo ser enquadrados como fornecedores presumidos.

2.3 Classificação dos contratos eletrônicos

São diversas às classificações que sobre os contratos eletrônicos, no entanto, foi adotada no presente trabalho a classificação de Mariza Delapieve Rossi (1999)

De acordo com a referida doutrina, os contratos eletrônicos classificam-se em três categorias, quais sejam: contratos eletrônicos intersistêmicos, contratos eletrônicos interpessoais e contratos eletrônicos interativos (Rossi, 1999.)

Nos contratos eletrônicos intersistêmicos, o computador serve apenas como um meio de comunicação entre as partes, uma vez que o contrato é celebrado da forma tradicional, servindo àquele somente para transmissão da vontade das partes, a qual é pré-existente (LIMA, 2008, p. 121-122). Neste sentido, tem-se que o dito contrato, também denominado contratação em rede fechada, mostra-se restrito às partes envolvidas no acordo, tendo suas vontades estipuladas de forma prévia. José Wilson Boiago Júnior (2005, p. 88-89), discorrendo sobre o assunto, afirma que os contratos intersistêmicos são comumente conhecidos por EDI (electronic data interchange), ou seja, intercâmbio eletrônico de dados.

Rossi (1999) discorre que o EDI possibilita que diferentes computadores troquem informações entre si, através da troca de documentos eletrônicos. Tal modalidade de contratação eletrônica é usualmente utilizada por pessoas jurídicas voltadas às relações comerciais de atacado. (BARBAGALO, 2001, p. 52)

Diferentemente dos contratos intersistêmicos, o computador, nos contratos eletrônicos interpessoais, não serve apenas como meio de comunicação entre as partes, pelo contrário, ingere-se diretamente na formação da vontade dos contratantes (LIMA, 2008, p. 122).

O aludido contrato pode ser formado de modo simultâneo, estando as partes conectadas à rede ao mesmo tempo, ou, ainda, não-simultâneo, como nas hipóteses onde existe um espaço de tempo entre a declaração e a recepção da manifestação de vontade do contratante.

Por último, mas não menos importante, tem-se os contratos eletrônicos interativos, concebidos entre um sistema eletrônico de informações e uma pessoa, a exemplo dos contratos firmados na internet através de *web sites*, onde produtos ou serviços são disponibilizados ao consumidor, possuindo, o contrato, cláusulas unilateralmente preestabelecidas pelo fornecedor (LIMA, 2008, p. 122-123).

O referido contrato se assemelha ao chamado contrato de adesão, que conforme disposto no artigo 54 do CDC[8],tem suas cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo

fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.[3]

Desse modo, é importante que o consumidor, ao aceitar ou recusar as cláusulas contratuais que se encontram postas, consulte-as previamente na própria *homepage* do fornecedor (BOIAGO JÚNIOR, 2005, p.92-93), não podendo àquele ignorar que o contrato eletrônico interativo é largamente utilizado na realização dos contratos virtuais.

Por fim, seja o contrato eletrônico intersistêmico, interpessoal ou, ainda, interativo, continua sendo um contrato como qualquer outro, diferenciando-se dos demais, como já mencionado, por sua formação e execução ocorrer no mundo virtual, ou seja, na Internet. Isto posto, tem-se que os contratos eletrônicos representam uma das maiores evoluções do crescimento e desenvolvimento da Internet, tendo em vista que a rede é mundial.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O COMÉRCIO ELETRÔNICO: (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE PACTO PROCEDIMENTAL EM CONTRATOS DE ADESÃO DECORRENTES DE RELAÇÕES DE CONSUMO

À priori, é essencial definir a importância do procedimento, que nada mais é do que a composição ordenada de uma sucessão de atos processuais que estabelece um método para a relação jurídica processual.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, o procedimento:

> [...] revela o feitio associativo do método estatal de composição de conflitos (o processo). Não se trata, em suma, de um sistema unilateral e autoritário de exercício do poder público. Ao contrário, só se estabelece e atinge seu objetivo mediante estrita e obrigatória participação de todos os sujeitos do processo. Todos têm o direito e poder de interferirna formação e revelação da vontade concreta da lei, segundo a técnica da apuração da verdade real e da adaptação da ordem jurídica às suas particularidades. Procedimento, nessa perspectiva,que não respeitar a demanda e o contraditório, em todos os seus desdobramentos, gerará atos viciados e culminará por provimento jurisdicional inválido. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 130)

De tal sorte, conclui-se que o procedimento dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-lhe o *modus faciendi*[11] com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional.

[3] Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo

Diferentemente do legislador do Código de 1973, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) teve como objetivo a simplificação do processo, reduzindo consideravelmente o número de procedimentos especiais, optando, ainda, por adotar o modelo do procedimento comum, que passa a abarcar todas as situações gerais.

Além disso, o NCPC criou uma inovadora modalidade de procedimento, classificada como especialíssima, da qual os negócios jurídicos processuais derivam, sendo convencionado entre as partes de modo bilateral, ou, ainda, celebrado em juízo e de maneira mais complexa[4] estabelecendo-se o procedimento no âmbito endoprocessual.

Neste sentido, merece destaque o artigo 190, que disciplina o negócio processual dispondo que uma vez tratando o processo de direitos que admitem autocomposição, "é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades 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".

Sendo assim, as partes terão oportunidade de convencionar e estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda, antes mesmo do processo, isto é, inserindo por meio de contrato, público ou privado, o negócio jurídico de natureza processual, em que uma vez extinta a relação jurídica, deve a demanda, que for a juízo, ser processada na forma e nos moldes ali pactuados.

No Código de 1973, as partes apenas tinham a possibilidade de elegerem o foro (art. 111)[13], conforme se verifica no posicionamento do doutrinador Humberto Theodoro Júnior,

> [...] a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 470).

Destarte, tem-se que embora as partes possam através do negócio jurídico processual convencionar mudanças para ajustar o procedimento às especificidades de cada demanda, conforme já mencionado, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, controlar a

[4] Modo de fazer ou de proceder. Há quem prefira chamá-lo de negócio jurídico plurilateral (cf. FREDIE DIDIER JR. Curso de direito processual civil, vol. 1, 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 378; PAULA SARNO BRAGA. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 148, jun. 2007).

validade das referidas convenções, podendo recusar a aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (Parágrafo único do art. 190 do NCPC). Diante do exposto, é inegável a expressiva inovação trazida pelo NCPC, que flexibilizou a natureza até então impositiva das regras que disciplinam os procedimentos em juízo, inspirado, certamente, no processo arbitral.

3.1 O Negócio Jurídico Processual

A inexistência de requisitos legais quanto à forma do ato processual, bem como do próprio procedimento, pode provocar desordem, maculando os escopos do processo. Em contrapartida, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque (1990, p. 94), "o formalismo cego e desmedido acaba levando às mesmas consequências, pois impede o desenvolvimento normal da atividade jurisdicional".

Neste sentido, discorre Pedro Madeira de Brito,

> Assinala-se ao sistema da liberdade de forma uma maior celeridade no andamento do processo quando sejam atribuídos poderes ao juiz com esse objetivo, enquanto ao sistema com formalismos predeterminados se assaca a sua morosidade por eventualmente se realizarem atos desnecessários, mas fixados na lei. (...) A forma, quando degenere em mero formalismo constitui, aliás, um dos obstáculos a um verdadeiro acesso à justiça, o que contradiz a função do Estado nesta área. (BRITO, 1997, p. 34)

Sendo assim, deve o sistema da legalidade das formas ser visto em conformidade com a instrumentalidade, para fins de suavizar a sua rigidez, em especial quando o objetivo do ato é alcançado. Em consequência, não pode a atividade do intérprete, a exemplo do juiz, reduzir-se a simples explicações, pelo contrário, deve ele buscar uma contínua reformulação da norma, de modo que a regra seja individualizada e aplicada no caso concreto, sendo fruto, no entanto, de uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. (PICARDI, 2008, p. 15).

Isto posto, em relação à forma dos atos processuais, haverá, em razão do modelo convencionado entre as partes, uma maior ou menor flexibilização na aplicação do regramento ao caso concreto, havendo possibilidade daquelas, ou do juiz, modificarem as regras estabelecidas de forma prévia. Segundo Bedaque (1990, p. 35), quanto maior a flexibilização das nulidades mais abrangente é a possibilidade de convalidação dos defeitos do procedimento, inclusive, como forma de facilitar o acesso à justiça.

Ante os fatos apontados, é importante ressaltar as características tanto do sistema da legalidade, quanto da liberdade. O primeiro tem regras rigidamente pré-estabelecidas por lei (forma), portando maior segurança jurídica e previsibilidade às partes que nele litigam, de maneira a evitar o arbítrio do magistrado na sua atuação e no eventual cometimento de ilegalidades. Já o sistema da liberdade das formas procedimentais, não possui qualquer ordem legal pré-estabelecida, gozando os personagens do processo de uma liberdade procedimental absoluta, o que ocasiona maior incerteza e insegurança às partes por não ter roteiro pré-estabelecido. (GAJARDONI, 2011, p. 164)

Entretanto, se, por um lado, existem certos riscos decorrentes da ampla liberdade, por outro, há a possibilidade de cada processo ser moldado aos contornos reais do caso concreto.

Quanto aos referidos sistemas, Fernando da Fonseca Gajardoni afirma que,

> Não há sistemas totalmente puros, embora seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento. A grande maioria dos modelos procedimentais – como o da até então vigente Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) ou do próprio CPC em vigor – tende ao sistema da legalidade das formas procedimentais, em que não é permitido às partes ou ao magistrado alterar a ordem ou o prazo para a prática de atos processuais na série.(GAJARDONI, 2011, p. 164)

Desse modo, conclui-se que prevalece o sistema da legalidade das formas procedimentais, denotando preferência pela rigidez e requerendo que seja feita uma releitura do sistema adequada aos tempos modernos e aos escopos do processo. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, admitiu-se a celebração dos chamados negócios jurídicos processuais, possibilitando que tanto o julgador quanto as partes modulem o procedimento à realidade do caso concreto.

Diferentemente do atual diploma, as legislações anteriores versavam sobre um processo civil exageradamente publicista[14] onde o magistrado era o grande protagonista e as partes eram neutras, sendo inconcebível que o autor ou o réu pudessem criar as próprias regras processuais para o caso concreto. Daí a dificuldade histórica de a arbitragem ser aceita como atividade jurisdicional não estatal. Exemplo disso é o CC/ 1916, que condicionou a execução da sentença arbitral à homologação do magistrado (artigos 1037 a 1048), bem como o CPC/1939, que apenas possibilitava aos árbitros fazer um laudo que também deveria ser homologado pelo juiz da causa (artigos 1041 a 1046).

Todavia, o CPC/1973 introduziu em seu texto, especificamente no artigo 158 – bastante criticado por doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, Alexandre Câmara

(que hoje possui novo entendimento sobre o tema) e J.J. Calmon de Passos –, que "os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação, ou a extinção de direitos processuais".

Destarte, embora tenha surgido o debate a respeito da possibilidade do negócio jurídico processual típico com o Código anterior, apenas o Novo Código de Processo Civil (2015) possibilitou a efetiva expansão desse instituto jurídico, originando-se, entre os processualistas, o princípio do autorregramento da vontade no processo, decorrente do princípio da liberdade.

De acordo com Fredie Didier Junior,

> O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. (DIDIER JUNIOR, 2015, Online)

Dessa maneira, tem-se que a vontade das partes é relevante e merece respeito. Existindo um verdadeiro microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.No entanto, de acordo com Leonardo Carneiro Cunha (2015, p. 59), este não pode atingir normas processuais voltadas à proteção de direitos indisponíveis, como, por exemplo, afastar o reexame necessário.

Consoante entendimento de Luiz R. Wambier surge uma critica de caráter ideológico quanto à estipulação de normas de natureza procedimental, antes do processo,

> [..] no sentido de que o art. 190, na verdade, estaria "privatizando" o procedimento. Alguns, enfim, acabam envolvidos ideologicamente nessa discussão, imaginando que essa atividade privada das partes possa afetar o resultado do processo, o que não me parece correto. As partes podem, sim, pactuar regras de natureza procedimental e algumas delas podiam ser pactuadas mesmo antes do Código de 1973 como, por exemplo, a eleição de foro, sem que se tivesse jamais cogitado desta espécie de problema. (WAMBIER, 2015, Online)

Sendo assim, conclui-se que as partes podem sim pactuar regras de natureza procedimental, inclusive, a eleição de foro[15] era acordada antes mesmo do CPC/2015.

Contudo, é evidente que a negociação processual sofre uma maior limitação por ocorrer na esfera pública, ou melhor, na atividade jurisdicional. Embora isso não impeça que o modelo clássico de organização do processo dê espaço para o modelo cooperativo, que vem ganhando força com o texto do NCPC.

O processo cooperativo, terceiro modelo de estruturação do processo, depois do adversarial e o inquisitorial, estão previsto no artigo 6º do novo diploma, estabelecendo que "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Conforme Fredie Diddier Jr. (2011, p. 212),

> Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.

O princípio da cooperação atua de modo a imputar deveres aos sujeitos do processo, para fins de tornar ilícitas as condutas que vão de encontro à obtenção do "estado de coisas" (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

Diante desse novo cenário, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)realizou o II Encontro de Jovens Processualistas, estabelecendo diversos enunciados acerca do tema, "Negócios Jurídicos Processuais"[5]

Dessa forma, o encontro serviu para discutir o alcance das mudanças que poderiam ser promovidas pelas partes, que envolve o estabelecimento de deveres e sanções, a ampliação e redução de prazos processuais, a dispensa de assistentes técnicos e execução provisória, o rateio de despesas processuais, o tempo de sustentação, dentre outros. Evidenciando-se a

[5] 17. (art. 191) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)
18. (art. 191) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual)
19. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)
20. (art. 191) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância. (Grupo: Negócio Processual)
21. (art. 191) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado da lide convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio)

adequação do procedimento às necessidades das partes, buscando maior efetividade das normas ao caso concreto e em obediência ao devido processo legal.

Em contrapartida, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) editou 62 enunciados de interpretação às novas regras,encontro realizado em agosto de 2015.À exemplo disso, o Enunciado 37 estabelece que,

> [...] são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação[17]

Diante do exposto, o objetivo da Enfam foi exatamente dispor sobre prováveis problemas que viessem a surgir, criando soluções para tanto. Trazendo o referido instituto para o caso em tela, citam-se os riscos de eventuais abusos nesse tipo de negociação anterior ao processo, dispondo a regra do parágrafo único do art. 190 que, "de ofício ou a requerimento da parte prejudicada, o juiz aferirá a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva", na hipótese específica de contrato de adesão, ou, ainda, naquelas situações em que a parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

3.2 O Contrato de Adesão e o Código de Defesa do Consumidor

O contrato, na concepção tradicional, decorreria do acordo de duas ou mais vontades numa dada relação, onde as partes, em condições de igualdade, discutiriam as cláusulas contratuais. No entanto, tal instituto não é muito utilizado na prática comercial, tendo em vista a agilidade que se espera na contratação de bens e/ou serviços, vigorando, nestes casos, os métodos de contratação em massa, qual seja o contrato de adesão, que tem por fim atender às necessidades do dito mercado.

Na definição de Miguel Reale (1986, p. 10), o contrato "é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida", ou seja, o contrato é produto de uma ambivalência entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade.

Dessa maneira, conforme foi se assentando na sociedade a cultura do consumo em massa de produtos, a aplicação da "teoria tridimensional do direito"[18] de Miguel Reale se fez

necessária, tendo em vista a existência de um fato, com determinado valor, e a necessidade da normatização das ditas situações no ordenamento jurídico.

Assim dispôs o ilustre doutrinador,

> Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, **porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor**. (REALE, 2003, p.91). GRIFO NOSSO.

Sendo assim, tem-se que o direito, fundado na própria condição humana, destina-se a proteger os valores inerentes ao ser humano. No presente caso, a necessidade de regularização das mencionadas situações decorre da obrigatória proteção que o direito dispensa as partes que se encontram em posição desigualdade e vulnerabilidade, que serão analisadas adiante.

CONCLUSÃO

A contratação por meio eletrônico é uma realidade, e embora não possua regramento próprio, há no direito mecanismos aptos a regular esta situação. Com a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, uma nova visão de contrato surgiu, consagrando o princípio da função social do contrato e garantindo aos consumidores proteção, mostrando-se plenamente capaz de regular as relações de consumo eletrônicas, conforme argumentos expostos no presente trabalho. É pacífico na doutrina que o contrato não representa apenas a manifestação da vontade naquele momento, mas, sim, considera a condição social e econômica das partes nele envolvidas, para que com isso o equilíbrio, a equidade e a justiça sejam preservadas, sendo assim, é necessário um direito que insira nas relações contratuais normas mais justas e coerentes que possibilitem a nulidade das clausulas abusivas, especialmente nos contratos de adesão, de maneira a restabelecer a equidade e justiça nas relações contratuais.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil instituiu o negócio jurídico processual como forma de as partes adequarem o procedimento judicial às particularidades de cada caso, por meio de convenção, para fins de agilizar e facilitar a resolução dos problemas que, por ventura, advenham da relação, sendo o juiz do caso competente para determinar se a cláusula no contrato de adesão, embasada no instituto do negócio jurídico processual, terá validade ou não no caso concreto.

Diante do analisado nesse trabalho, conclui-se ser plenamente possível a aplicação do negócio jurídico processual nos contratos de adesão realizados no comércio eletrônico, cabendo ao direito regular ambos, com todas as suas peculiaridades, de forma que se possa vislumbrar a efetividade destes contratos segundo o que institui o CDC e os princípios contratuais, como os da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio contratual, promovendo segurança jurídica no e-comerce.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Érica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.49-50.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 1990.

BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. *Contratação eletrônica*: aspectos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2005. p.85-86.

BOULOS, Daniel M.; COSTA, Sergio. A negociação entre as partes no novo CPC. Disponível em: <http://alfonsin.com.br/a-negociao-entre-as-partes-no-novo-cpc/>. Acesso em: 24 mai. 2016.

BRASIL, Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234240> Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. Código Civil de 1916, 01 de janeiro. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. Código de Processo Civil de 1939. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. Código de Processo Civil de 1973. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____, Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Senado Federal. Brasília. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102415> Acesso em: 20 maio. 2022.

_____, Supremo Tribunal de Justiça. *REsp 660.026/RJ*, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzinni. Brasília, 10 nov. 2004

_____. Supremo Tribunal Federal, Súmula 335. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 20 maio. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª. Turma, AgRg no REsp nº 807.052/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20/04/2006, p. DJ 15/05/2006

BRITO, Pedro Madeira de. Aspectos do novo processo civil. O novo princípio da adequação formal. Lisboa: Lex, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Programa de direito do consumidor*. Imprenta: São Paulo, Atlas, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico.* São Paulo, 2006. Disponível em: http://www.ulhoacoelho.com.br/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html. Acesso em: 22 maio. 2022

COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico*, Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro, v. 15-16, Revista dos Tribunais, 1974.
CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: Negócios Processuais. Coords: Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, EditoraJuspodivum, 2015, p. 36.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. Imprenta: São Paulo, Atlas, 2009.

EFING Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo.* Imprenta: Curitiba, Juruá, 2004.

_____. *Fundamentos do direito das relações de consumo*: *consumo e sustentabilidade.* Imprenta: Curitiba, Juruá, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. -- Imprenta: São Paulo, Atlas, *2001*.
GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2004;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC - Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

GOMES, Orlando. Contratos. 15ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JUNIOR, Fredie Didier. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil.>. Acesso em: 17 mai. 2022.

_____. Curso de direito processual civil, vol. 1, 17. ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. REVISTA DE PROCESSO - VOL.198, Ano 36 – Ago. 2011. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2022.

LARA, Johnny. O negócio jurídico processual frente aos Contratos de Adesão. Disponível em: <http://johnnydelara.jusbrasil.com.br/artigos/259085000/o-negocio-juridico-processual-frente-aos-contratos-de-adesao>. Acesso em: 24 mai. 2022.

LIMA, Rogério Montai de. *Relações contratuais na Internet e Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Editora Nelpa: 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2005

_____. *Manual de Direito do Consumo*.São Paulo: Revista Tribunais, 2007.

MARQUES, Victor Fagundes; SOUSA, Diego Carmo de. Visão Publicista do Direito. Disponível em: < http://mosaicojuridico.blogspot.com.br/2009/04/publicizacao-e-um-neologismo-criado.html>. Acesso em: 12 mai. 2016.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2001.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Contratos de Adesão. São Paulo: Atlas, 2002.
MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. Ed. Própria, 1940.

_____. O direito como experiência. 3 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

ROSA, Josimar Santos. **Contrato de adesão**. Imprenta: São Paulo, Atlas, 1994.

ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. Anais do 19º seminário nacional de propriedade intelectual da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. São Paulo, 1999.

SALGARELI, Kelly Cristina. *Direito do Consumidor no Comércio Eletrônico*. São Paulo: ÍconeEditora, 2010.

SIDOU, J M Othon.*Proteção ao Consumidor*. Editora: Forense, 1977.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. In: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Do juízo ao processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. 1, 56.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. O contrato e sua função social. 2 ed., RJ: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. – 2. reimp. – São Paulo: Atlas 2007.