

## A dinâmica das vulnerabilidades: por uma reestruturação dogmática da vulnerabilidade contratual

Vynicius Pereira GUIMARÃES\*

**RESUMO:** Este estudo propõe uma reestruturação dogmática da vulnerabilidade contratual. Para tanto, partiu-se da análise do perfil estrutural da vulnerabilidade contratual, em busca da elucidação de seu conceito, traduzido na síntese ponderativa dos fatores vulnerantes averiguados *in concreto*. Tais fatores resumem-se nos seguintes dados extraíveis da factualidade: (i) restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*; (ii) restrição à liberdade de escolher o contratante; (iii) restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato (ou adesividade contratual), (iv) dependência contratual. Por fim, empreendeu-se breve análise de como a vulnerabilidade contratual poderia auxiliar o intérprete no manejo dos mecanismos interventivos comumente utilizados no referido tipo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito dos contratos; vulnerabilidade; vulnerabilidade contratual; mecanismos interventivos nas relações privadas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Da autonomia da vontade à autonomia privada: o despontar da vulnerabilidade na ordem contratual contemporânea; – 3. A dinâmica das vulnerabilidades: aspectos conformativos da vulnerabilidade contratual; – 4. Conclusão; – Referências bibliográficas.

**TITLE:** *The Dynamics of Vulnerabilities: Towards a Dogmatic Restructuring of Contractual Vulnerability*

**ABSTRACT:** *This study proposes a dogmatic restructuring of contractual vulnerability. To achieve this, it began with an analysis of the structural profile of contractual vulnerability, aiming to clarify its concept, translated into the balanced synthesis of the identified detrimental factors examined in specific contexts. These factors can be summarized in the following data extractable from the factual circumstances: (i) restriction on the freedom to contract *stricto sensu*; (ii) limitation on the freedom to choose the contracting party; (iii) constraint on the contracting party's ability to negotiate the contract's content (or contractual adhesiveness); (iv) contractual dependence. Lastly, a brief analysis was undertaken on how contractual vulnerability could assist the interpreter in managing the intervention mechanisms commonly employed in the aforementioned type of situation.*

**KEYWORDS:** *Contract Law; vulnerability; contractual vulnerability; interventional mechanisms in private relations.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. From will autonomy to private autonomy: the emergence of vulnerability in contemporary contractual order; – 3. The dynamics of vulnerabilities: conforming aspects of contractual vulnerability; – 4. Conclusion; – References.*

### 1. Introdução

A categoria jurídica da vulnerabilidade, que compreende, de um lado, um perfil existencial e, de outro, um patrimonial, tem ganhado cada vez mais relevância no

---

\* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj. Doutorando em Teoria do Direito na Uerj. Advogado.

Direito Civil contemporâneo, tendo em vista que a passagem para um modelo de solidarismo constitucional veio a permitir, de maneira mais contumaz, intervenções heterônomas nas pactuações privadas.<sup>1</sup> Nesse contexto, de forma recorrente a vulnerabilidade passa a ser direta ou indiretamente invocada como fundamento ou, ao menos, como vetor interpretativo de medidas interventivas nos contratos entre particulares, tornando-se, assim, um dos eixos centrais da ordem contratual contemporânea.<sup>2</sup>

De início, vale destacar que o objeto do presente estudo se restringe propositadamente ao aspecto patrimonial da vulnerabilidade, verificado no âmago de uma relação contratual. Fala-se, assim, como se terá a oportunidade de aprofundar adiante, da *vulnerabilidade patrimonial-contratual* ou sinteticamente, *contratual*, a deixar de lado seu perfil existencial.<sup>3</sup>

O rigor metodológico impõe a necessidade de se investigar a vulnerabilidade contratual tanto em seu aspecto estrutural, a partir do exame de seus elementos constitutivos (“o que é?”), quanto em seu perfil funcional, a partir da identificação da finalidade que justifica o recurso a tal figura jurídica (“para que serve?”).<sup>4</sup> Assim, este artigo se

<sup>1</sup> Sobre a ordem solidarista inaugurada com a Constituição da República, cf. lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “A promulgação da Constituição de 1988 operou vigorosa transformação do direito civil, a impor a releitura de todas as suas instituições. A nova Carta ensejou tanto a revogação das disposições normativas incompatíveis com o seu texto e seu espírito, quanto a modificação interpretativa de todas as remanescentes. Rompeu com as bases e valores que até então prevaleciam, de cunho liberal, notadamente o individualismo e o patrimonialismo, e inaugurou nova ordem jurídica, calcada em valores existenciais, não patrimoniais, sobretudo no pluralismo e no solidarismo” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 18).

<sup>2</sup> “A admissão da vulnerabilidade como categoria jurídica do direito contratual importa giro copernicano, que desafia a concepção liberal da autonomia privada, máxime em tempos de grave crise financeira mundial, que pôs a nu a universalização dos malefícios da ideologia do neoliberalismo, prenunciada por Avelã Nunes. A vulnerabilidade do contratante é fruto do Estado social, do século XX, com suas promessas de realização da justiça social e redução das desigualdades sociais, que, no Brasil projetaram-se nas Constituições de 1934 e 1988, especialmente nesta” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159).

<sup>3</sup> Conforme reconhece a doutrina, “A diversidade de formas de vulnerabilidade explica a existência de diferentes mecanismos de proteção” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50).

<sup>4</sup> Na lição de PERLINGIERI, Pietro: “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individualizar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 603). V. também: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53. Por fim, permita-se a remissão a estudo publicado nos Anais do IV Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Sobre o tema, permita-se a remissão a GUIMARÃES, Vynicius. Diálogo entre a doutrina e jurisprudência: pavimentando o caminho da efetividade. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 684.

dedicará ao estudo da vulnerabilidade contratual em seu perfil estrutural, analisando-se os fatores que permitem ao intérprete afirmar a existência, em determinada dinâmica contratual, de posição vulnerável.

A análise estrutural não deve descuidar, contudo, da função exercida pela vulnerabilidade na ordem contratual contemporânea,<sup>5</sup> qual seja: a de servir ora como vetor interpretativo ora como razão de ativação dos mecanismos interventivos que eventualmente se colocam sobre os pactos privados.<sup>6</sup> A partir deste momento, analisa-se de que maneira a vulnerabilidade ganhou protagonismo na dinâmica das contratações contemporâneas, para, em seguida, compreender-se o iter metodológico que deve cumprir o intérprete a fim de avaliar a presença de determinada vulnerabilidade em uma relação contratual concretamente considerada. Em síntese, o presente estudo trata da instigante *dinâmica das vulnerabilidades*.

## **2. Da autonomia da vontade à autonomia privada: o despontar da vulnerabilidade na ordem contratual contemporânea**

Tradicionalmente ancorado na soberania da vontade individual, o direito dos contratos, insculpido em dogmática protetiva da liberdade do sujeito de direito, encontra-se, contemporaneamente, reformulado. Se, em sua formulação original, inspirada pelo liberalismo clássico do século XIX, a tutela da vontade se apresentava como a pedra de toque da dogmática contratual, a civilística do século XX pôde contemplar – em nome do preceito de solidariedade social – o alvorecer de mecanismos interventivos destinados à proteção do contratante vulnerável.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> “Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida em relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos)” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248).

<sup>6</sup> Sobre o tema, v. introdução ao Capítulo III, *infra*.

<sup>7</sup> Para um estudo geral da vulnerabilidade, cf. BARBOZA, Heloisa Helena: “Justifica-se por mais essa razão, plenamente, a tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou que já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana” (BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago. (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109).

Ao surgimento dos chamados novos princípios contratuais, notadamente a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual,<sup>8</sup> soma-se o advento de um tímido quarto princípio – o da proteção do contratante vulnerável – que encontra fundamento no solidarismo constitucional e concerne diretamente à categoria jurídica da vulnerabilidade contratual, a servir de razão, em diversas hipóteses, de intervenções legislativas e judiciais no conteúdo dos contratos.

Em rápida síntese, pode-se dizer que, no contexto atual, as intervenções no conteúdo de contratos privados ocorrem, no mais das vezes e em certa medida, a fim de proteger o contratante vulnerável. Assim, a adoção de um determinado mecanismo interventivo se justifica ao passo que um dos polos contratantes possa ser qualificado como vulnerável. Contemporaneamente, portanto, impõe-se ao intérprete relevante problemática que diz respeito à qualificação de determinada posição relacional como vulnerável.

Desse modo, a adequada compreensão da ordem contratual contemporânea e, conseqüentemente, da avaliação da razoabilidade da ativação de mecanismos interventivos em um contrato não pode prescindir da ciência acerca do papel exercido pela autonomia privada e pela vulnerabilidade contratual na legalidade constitucional.

### **2.1. A mutação da autonomia: a gênese do conceito de autonomia privada na legalidade constitucional**

“A autonomia privada não foi fácil”,<sup>9</sup> anunciou Menezes Cordeiro em artigo publicado ainda no início deste século. O conceito exige, segundo o jurista português, “para se alargar até os seus confins naturais, uma estruturação político-social dominada pela ideia de liberdade e de igualdade”.<sup>10</sup> De fato, a proteção pelo ordenamento jurídico dos atos de autonomia requer evolução histórico-cultural que torne o Direito capaz de lidar

---

<sup>8</sup> “Em rigor, o advento da Constituição de 1988, a consagrar como marco axiológico a dignidade da pessoa humana (e a solidariedade), promoveu verdadeiro giro copernicano no direito contratual. Na esteira de tal transformação paradigmática, desenvolveram-se três novos princípios aptos a concretizar os valores constitucionalmente assegurados: boa-fé objetiva; equilíbrio econômico e função social” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 221).

<sup>9</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. Do Contrato de Franquia (“franchising”). Autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48. Lisboa: 2003, p. 64.

<sup>10</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. Do Contrato de Franquia (“franchising”). Autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48. Lisboa: 2003, p. 64. Ainda na lição do jurista, “O Direito privado é dominado pela igualdade e pela liberdade” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª ed.: Livraria do Advogado Editora, p. 347).

com os contrastes entre, de um lado, a proteção das liberdades individuais e, de outro, a tutela de valores de igualdade que informam o sistema jurídico.<sup>11</sup>

Não se deve, contudo, compreender a autonomia privada como uma conquista natural do progresso jurídico, que, uma vez alcançada, torna-se infensa à apreciação crítica. O conceito permanece em constante evolução, a ser avaliado pelo intérprete, tomando-se em conta a unidade do ordenamento em que se insere.<sup>12</sup> Assim, constata-se que “não é uma operação simples definir a autonomia privada”,<sup>13</sup> do que aflora a necessidade ainda mais urgente de investigar seu desenvolvimento à luz da legalidade constitucional.

O direito dos contratos formulado no liberalismo jurídico do século XIX tinha no individualismo<sup>14</sup> uma de suas principais marcas. Com suas atenções voltadas ao indivíduo, o direito privado buscava regular, do ponto de vista formal, a atuação jurídica do sujeito de direito abstrato, isto é, o contratante, proprietário e pai de família.<sup>15</sup> Nesse contexto, apontavam-se como princípios – hoje ditos clássicos – do direito contratual: a liberdade das partes, o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), e o da relatividade dos efeitos do negócio (*res inter alios acta*).<sup>16</sup>

<sup>11</sup> "Deve-se definir o sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. (...) Este sistema não é fechado, mas antes aberto. (...) Da problemática da abertura do sistema deve-se distinguir a sua mobilidade. A mobilidade, no sentido que este termo recebeu de Wilburg, significa a igualdade fundamental de categoria e a mútua substituíbilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas. Também um sistema móvel merece ainda o nome de sistema, pois nele se realizam as características da ordem e da unidade" (CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 280-282).

<sup>12</sup> "Os conceitos jurídicos não pertencem somente à história, mas, com oportunas adaptações, podem ser utilizados para realizar novas funções. Neste processo de adequação se verifica uma mudança substancial da sua natureza" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142). V. também: "(...) o direito existe sempre 'em sociedade' (situado, localizado) e (...) as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais" (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13).

<sup>13</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 17.

<sup>14</sup> Uma breve definição do individualismo é fornecida por AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 217: "doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade. O indivíduo como fonte e causa final de todo o direito".

<sup>15</sup> Como nota TEPEDINO, Gustavo: "O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil" (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2).

<sup>16</sup> "Sobre três princípios se fundou, em sua forma evolutiva final, o direito dos contratos: a) sobre o princípio da autonomia da vontade; b) sobre o princípio da supremacia da ordem pública; c) sobre o princípio da obrigatoriedade das convenções, limitada pela escusa de força maior" (DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. Revista Forense, vol. 139, 1952, p. 4).

Mais especificamente no campo negocial, a *vontade*<sup>17</sup> assumia papel central na dogmática jurídica. O contrato, nesse contexto, era compreendido como o produto límpido da reunião da vontade individual de cada contratante, desde que emanadas livremente. Aliás, os mecanismos de intervenção nos contratos limitavam-se aos que pretendiam proteger a vontade livremente manifestada. A correção dos chamados vícios de vontade (ou de consentimento)<sup>18</sup> era, portanto, a única razão legitimadora de intervenção nas pactuações privadas.

A justeza ou equilíbrio das relações contratuais não era propriamente uma questão para o direito civil clássico, que se voltava totalmente à tutela da vontade. Nas palavras de Enzo Roppo:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de fato, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com seus interesses. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre se formava a asserção peremptória, segunda a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (*qui dit contractuel dit juste*).<sup>19</sup>

No contexto no qual quem contratava, contratava porque *queria*, a vontade do negociante revelava-se fundamento inexorável ao fiel cumprimento do contrato.<sup>20</sup> Os contratantes, assim, deveriam suportar o ônus da contratação em qualquer cenário, vez

<sup>17</sup> “Sob o ponto de vista psicológico, a vontade é, assim, uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido. (...) A vontade aparece, assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades. Em razão do fim proposto, a vontade move-se a si mesma. Para o direito, a vontade reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se em um dos principais elementos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica” (AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, pp. 211-212).

<sup>18</sup> Sobre os vícios do consentimento, cf. a lição de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil, 25<sup>a</sup> ed., atualização e revisão por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 430 e ss.

<sup>19</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32.

<sup>20</sup> “Da junção desses pressupostos – igualdade e liberdade – derivava a máxima *se é contrato, é justo*, porque ‘se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 427-428). Na mesma linha, cf. a lição de ROPPO, Enzo: “não se preocupa que o contrato seja objetivamente justo ou equitativo (...), mas preocupa-se, sobretudo, que ele seja cumprido regularmente” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 247-248).

que o contrato fazia *lei entre as partes*.<sup>21</sup> Com efeito, a autonomia *da vontade*, expressão maior da liberdade individual,<sup>22</sup> revelava-se alicerce do modelo liberal, proveniente da compreensão do individualismo quase como uma religião.<sup>23</sup>

Admitida a vontade como força jurígena por excelência, ao intérprete caberia, diante de qualquer divergência entre os contratantes, o esforço de reconstruir sua real intenção quando da formação do vínculo contratual. Na lição de Darcy Bessone, “nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de se circunscrever à apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição”.<sup>24</sup> A autonomia da vontade conceituou-se, assim, como “o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.<sup>25</sup>

O século XX abalou a centralidade da vontade individual como elemento primordial de fundamentação da juridicidade das pactuações privadas.<sup>26</sup> Reconheceu-se que aquele que contrata nem sempre contrata por vontade, mas, muitas vezes, por necessidade. Tal consideração acabou por “abalar a fé dos civilistas na autonomia da vontade”.<sup>27-28</sup>

Em um contexto de massificação contratual, as interações jurídicas entre particulares revelam (não já um produto da vontade individual, mas) verdadeira necessidade social.

---

<sup>21</sup> Do artigo 1.134 do Código Napoleônico se extraía a *força de lei* dos contratos, por afirmar expressamente que “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont fait*”.

<sup>22</sup> Na lição de MONTEIRO, Washington de Barros, o princípio da liberdade de contratar é “a chave do sistema individualista e o elemento de mais colorido na conclusão dos contratos” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*, 2ª parte, São Paulo: Saraiva, p. 9).

<sup>23</sup> A expressão foi utilizada por TEPEDINO, Gustavo. “Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança” (Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 2, abr/jun – 2006, p. 39).

<sup>24</sup> BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

<sup>25</sup> AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 212.

<sup>26</sup> “Observa-se, na ordem contratual contemporânea, crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 1).

<sup>27</sup> A consideração foi feita por Washington de Barros Monteiro: “Os próprios civilistas, como adverte Waline, estão com a sua fé muito abalada na autonomia da vontade e, descontentes, não sabem o que introduzir no seu lugar” (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*, 2ª parte, 41ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23).

<sup>28</sup> Como bem notou SAVATIER, René: “Nós sabemos que a vontade humana é criadora de direito, de modo que ela faz, ao seu critério, nascer, por seus contratos, créditos e obrigações. Mas ela não é, por si, todopoderosa. As vontades individuais devem respeitar as exigências do bem comum” (SAVATIER, René. *La théorie des obligations: vision juridique et économique*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 161 – tradução livre). No original: “*Nous savons que la volonté de l’homme est créatrice de droit, de sorte qu’elle fait, à son gré, naître, par les contrats, des créances et des obligations. Mas el n’est pas, em cela, tout puissant. Les volontés individuelles doivent respecter les exigence du bien public*”.

Substitui-se, nessa perspectiva, a expressão autonomia *da vontade* por autonomia *privada*. Conforme ensinam Díez-Picazo e Antonio Gullón, a autonomia privada pode ser definida como “o poder de se auto-ditar a lei ou preceito, o poder de governar-se a si próprio”. Em lição alongada a respeito do conceito, afirmam os juristas

Poder-se-ia também defini-la como um poder de governo da própria esfera jurídica, e como essa é formada por relações jurídicas, que são a causa da realização de interesses, a autonomia privada pode igualmente conceituar-se como o poder da pessoa de desregulamentar e ordenar as relações jurídicas nas quais é, ou há de ser, parte.<sup>29</sup>

Na lição de Menezes Cordeiro, a autonomia privada exerce dupla função. “Em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico”. Já em termos restritos, afirma o autor que “a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as atividades jurídicas que entenderem”, podendo definir-se como uma “permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”.<sup>30</sup>

Ainda no Direito português, Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que “autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de autorregulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa que os particulares podem, no domínio da sua conveniência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas”.<sup>31</sup>

Fernando Noronha, por sua vez, ensina que a autonomia privada “é a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”.<sup>32</sup> Para Francisco Amaral, a autonomia privada constitui-se, no âmbito do direito privado, “em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a autorregulamentação de sua atividade jurídica”. E prossegue o Professor: “os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado”.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1994, v. 1, p. 371.

<sup>30</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 1987, pp. 343-344.

<sup>31</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 89.

<sup>32</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 115.

<sup>33</sup> AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 213.

Ainda na perspectiva da autonomia privada como um espaço concedido pelo ordenamento jurídico para que os indivíduos se autorregulem, Pontes de Miranda a define, em sinonímia com a autonomia da vontade, como “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”.<sup>34</sup> Trata-se, portanto, da vontade juridicizada.<sup>35</sup> Nas palavras de Orlando Gomes, “a autonomia privada, é, em sentido lato, o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas *in abstracto* na lei”.<sup>36</sup>

A distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada não se resume a um aspecto meramente estrutural.<sup>37</sup> Com efeito, a passagem à segunda concepção traz consigo relevante alteração de significado dogmático. Isso porque a transição revela o abandono da vontade pura e simples como elemento jurígeno em prol da compreensão da autonomia como um instituto moldado internamente pelo ordenamento complexo, unitário e sistemático, de onde extrairá sua juridicidade.<sup>38</sup>

A autonomia privada, conceituada como o respaldo jurídico para que as partes pudessem se autorregular – em geral por meio da celebração de contratos – da maneira que bem entendessem, adquire contornos renovados diante da legalidade

<sup>34</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 54.

<sup>35</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 55: “Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. *É interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam”.

<sup>36</sup> GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81.

<sup>37</sup> Sobre a distinção dos institutos em perspectiva estrutural, cf. lição de AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989,, p. 213: “Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”. Em sentido contrário, a defender a sinonímia entre as expressões, cf. LÔBO, Paulo. *Condições gerais dos contratos e cláusula abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10: “A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e autorregramento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, a autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta, enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribuiu à vontade”.

<sup>38</sup> “Importa destacar que a passagem do qualificativo ‘da vontade’ para ‘privada’, aposto ao substantivo ‘autonomia’ em diferentes contextos histórico-sociais, já indica que a autonomia, não tanto no seu conceito técnico-estrutural, mas no seu conteúdo valorativo, deve ser compreendida em uma perspectiva relacional e evolutiva. A expressão autonomia da vontade, concebida nas codificações do século XVIII, associada ao voluntarismo jurídico é caracterizada por uma concepção negativa da liberdade individual, já que estabelece verdadeiro impedimento para qualquer interferência externa. Mais contemporaneamente, o emprego da expressão autonomia privada significa uma alteração substancial de conteúdo, na medida em que a valoração e a limitação da liberdade, seu fundamento, foram reformuladas em decorrência da nova axiologia constitucional, personalista e solidarista” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 429-430).

constitucional contemporânea. Se o modelo liberal era pautado no individualismo,<sup>39</sup> a colocar as instituições a serviço dos interesses particulares, o mesmo não se pode dizer dos ordenamentos jurídicos frutos do século XX, especialmente os inaugurados no segundo pós-guerra, marcados por Constituições embebidas no espírito de promoção da solidariedade social.<sup>40</sup>

À autonomia privada, portanto, foi concedida releitura à luz da legalidade instaurada contemporaneamente, adquirindo função e significado renovado.<sup>41</sup> Afinal, como ensina Pietro Perlingieri, “os conceitos jurídicos não pertencem somente à história, mas, com oportunas adaptações, podem ser utilizados para realizar novas funções. Neste processo de adequação se verifica uma mudança substancial da sua natureza”.<sup>42</sup> Mais especificamente, a respeito do conceito de autonomia privada, afirma o Professor italiano: “a autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de várias formas colocam a sua exigência”.<sup>43</sup>

No Brasil, a lógica eminentemente humanista inaugurada pela promulgação da Constituição de 1988 promoveu proveitosa revolução nos conceitos-base do direito privado pátrio.<sup>44</sup> Nesse cenário, a autonomia privada passa a ser entendida não apenas como “o poder reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente adotados”,<sup>45</sup> mas

<sup>39</sup> WALLINE, Marcel. *L'individualisme et le Droit*, 12<sup>a</sup> ed., Paris: Domat, 1949, p. 14.

<sup>40</sup> Tratando da experiência constitucional italiana, PERLINGIERI, Pietro nota: “Neste rico clima ideológico, a elaboração da Carta Constitucional da República constitui – pelos valores de justiça não somente formais, mas substanciais, de solidariedade humana e social, de garantia do pleno e livre desenvolvimento da pessoa, expressos na exigência unitária do respeito da sua dignidade – uma dentre as mais avançadas normativas constitucionais” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 181).

<sup>41</sup> “Toda transformação da realidade social interessa à ciência do direito, já que reage sobre a realidade normativa. Crer que o direito seja imodificável, eterno- a-histórico e insensível a qualquer ideologia é atitude formalista que ignora a conexão entre comportamentos e regras” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170).

<sup>42</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142.

<sup>43</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334.

<sup>44</sup> “O cenário só viria a mudar drasticamente, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que, a um só tempo, representou as bases para a reconstrução em conformidade com a axiologia constitucional, notadamente a partir da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, os quais, em conjunto, promoveram transformação qualitativa no conteúdo da autonomia privada e impuseram a funcionalização do contrato aos valores constitucionais” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vítor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 429). Como já observou TEPEDINO, Gustavo: “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição” (Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, t. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13).

<sup>45</sup> A definição encontra-se em PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335. Em sentido análogo, v. AMARAL, Francisco dos Santos: “Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente” (AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 216).

como um potencial instrumento funcionalizado à promoção dos valores constitucionais. Não se trata, portanto, de um vetor vazio, mas de um meio para que os fins solidaristas da Carta Maior sejam alcançados.<sup>46</sup>

Assim, a autonomia privada se configurará merecedora de tutela (*meritevolezza*) se e na medida em que promover os valores irradiados pela Constituição. É dizer: a razão de proteção da autonomia privada como categoria jurídica deixa de se explicar pelo *respeito à vontade emanada pelas partes* e migra para o atendimento dos ditames constitucionais.<sup>47-48</sup> O ato de autonomia, portanto, não se diz mais limitado apenas externamente. Sua própria conformação interna deve se reconduzir à promoção da legalidade constitucional.<sup>49</sup> Nesse cenário em que se confere nova compreensão ao instituto da autonomia privada, o direito dos contratos apresenta-se funcionalmente reformulado.

---

<sup>46</sup> “[a autonomia privada] deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional” (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6). Em outra oportunidade, afirma o autor: “a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República. Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155). Ainda, a respeito da funcionalização dos instrumentos jurídicos à promoção dos valores constitucionais, cf. a lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “Diante dessa perspectiva contemporânea do direito civil se consolidaram novos paradigmas para a compreensão da matéria, baseados, sobretudo, nas seguintes proposições: (...) funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 20).

<sup>47</sup> Nesse sentido, explica NORONHA, Fernando. *O direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*, São Paulo: Saraiva: “atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de autorregulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada, como diz Betti; a vontade das partes, seja a real, da teoria da vontade, seja a exteriorizada, da teoria da declaração, apenas pode dar vida ao negócio, mas não justifica os termos de sua tutela jurídica”.

<sup>48</sup> Nesse contexto, reconhece-se que “querer não é poder, em um ordenamento jurídico no qual o poder é disciplinado e regulador, o querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não pela vontade das partes” (PERLINGIERI, Pietro. Relazione di sintesi. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 173 –tradução livre).

<sup>49</sup> “Se poderia considerar a autonomia como poder da liberdade de contratar, e contratar, em particular, com determinado conteúdo (autorregulamentação): liberdade de contratar, então, em sentido amplo, de modo que os limites impostos pela lei se prospectariam como exceções com relação ao conceito de autonomia. Se teria, isto é, a liberdade como princípio e limites como suas exceções. (...) Hoje não é mais assim. A regulamentação de um contrato pode ser considerada merecedora de tutela se e somente se responder não só aos princípios presentes em nível ordinário, mas aqueles princípios hierarquicamente superiores que, em um sistema ítalo-comunitário de fontes, operam dentro do sistema. A questão vai, então, reproposta de maneira aberta e não fechada, colocando a autonomia contratual no atual sistema” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 394-395 – tradução livre). No original: “*Si potrebbe considerare l'autonomia come potere della libertà di contrarre, e di contrarre, in particolare, con un determinato contenuto (autoregolamentazione): libertà di contrarre, quindi, in senso ampio. Si che, i limiti imposti dalla legge si prospetterebbero come eccezionali rispetto al concetto di autonomia. Si avrebbe, cioè, la libertà come principio e limiti come sue eccezioni. (...) Oggi non è più così. La regolamentazione posta in essere da un contratto può essere considerata meritevole di tutela se e soltanto se risponde non solo ai principi presenti a livello ordinario, ma a quei principi gerarchicamente superiori che, in un sistema ítalo-comunitario delle fonti, operano all'interno del sistema. La questione va, dunque, riproposta in maniera aperta e non chiusa, collocando l'autonomia contrattuale nell'attuale sistema*”.

Em outras palavras, se antes se atribuía à contratualística o fim de garantir o cumprimento dos contratos tais como pactuados, em verdadeira reverência ao dogma da vontade; contemporaneamente, a disciplina dedica-se à proteção *condicionada* da autonomia privada, concedida apenas se aferível, *in concreto*, sua conformidade à tábua axiológica constitucional.

Dessa forma, a ordem contratual contemporânea, não mais atrelada à viciada proteção das vontades não viciadas, extrai sua função do sistema solidarista inaugurado pela Constituição da República. Em conformação com a legalidade constitucional, a tutela da autonomia torna imperativa a avaliação do contrato como relação dinâmica, não podendo prescindir do cotejo entre as posições ocupadas por cada contratante.<sup>50</sup>

Nessa perspectiva, a *vulnerabilidade* desponta como categoria jurídica cuja necessidade de exame atento se torna inafastável. À proteção da parte que ocupa posição contratual vulnerável não caberá opor uma pretensa tutela da autonomia privada, artificialmente utilizada como argumento de sustentação de um pacto dissonante aos valores da legalidade constitucional. Assim, verificada uma situação de vulnerabilidade contratual na dinâmica da relação *in concreto*, a pura manutenção do contrato, longe de traduzir respeito à autonomia privada, revela, ao revés, deferência a uma injustiça contratual que não pode ser tolerada.

A intervenção no contrato, nesses casos, faz-se necessária justamente para a proteção da autonomia privada, adequadamente compreendida como um fator de promoção da solidariedade constitucional. Na ordem contratual contemporânea, não se mostra paradoxal a afirmação de que, em algumas hipóteses, é da intervenção que provém a justa proteção da liberdade de contratar.

## **2.2. A liberdade de contratar na contemporaneidade: limitações e vulnerabilidade**

Sempre estiveram associadas as ideias de autonomia privada e de liberdade de contratar.<sup>51</sup> Alguns autores as percebem como duas faces da mesma moeda,<sup>52</sup> enquanto

---

<sup>50</sup> “A relevância constitucional da autonomia contratual deve ser entendida sob duplo perfil: o positivo, relativo ao fundamento e à tutela constitucional da autonomia, e o negativo que lhe impõe limites. O fundamento da autonomia negocial não pode ser desvinculado da natureza dos interesses pelos quais se explica em concreto” (BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. in. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413).

<sup>51</sup> Sobre a liberdade de contratar, v. DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, vol. 139, 1952, p. 6.

outros definem uma como decorrente da outra<sup>53</sup> ou outra como decorrente da uma<sup>54</sup> (ou vice-versa ou versa-vice). Alguns, inclusive, não as distinguem, tratando-as como um único instituto.<sup>55</sup>

Em verdade, autonomia privada e liberdade de contratar são conceitos conexos, mas que não se confundem. Como visto, a primeira refere-se ao poder concedido pelo ordenamento aos particulares de se autorregularem, determinando vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente adotados, que merecerá tutela na medida em que promover a tábua axiológica constitucional. Por sua vez, a liberdade de contratar compreende, a um só tempo, um corolário do direito fundamental à liberdade, que, constitucionalmente assegurado, garante o espaço de autonomia (isto é, de autorregulação privada)<sup>56</sup> e uma manifestação dessa autonomia.

Assim, no âmbito das relações contratuais, a autonomia privada se manifesta nos seguintes aspectos em que se divide a liberdade de contratar *lato sensu*: i) a faculdade de contratar e não contratar; ii) a liberdade de escolher *com quem* contratar e iii) a liberdade de estabelecer o conteúdo e a forma de que se revestirá o negócio.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> “*el verdadero sentido de la libertad contractual significa que el ordenamiento jurídico considera em principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho em el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)*” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 66). Para Orlando Gomes, a autonomia privada “resolve-se na liberdade de contratar” (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81).

<sup>53</sup> Tratando a liberdade de negociar como manifestação da autonomia privada, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2<sup>a</sup> ed., 2002, p. 17: “Hão de se delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada. Tradicionalmente, afirmase que ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”. Ainda, “Antes de qualquer ilação, é mister elucidar que, apesar do questionamento suscitado, parte-se do pressuposto que a liberdade de contratar é a forma de exercício mais intensa do princípio da autonomia privada, que por sua vez materializa o valor maior da liberdade” (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Liberdade de Contratar e Livre Iniciativa. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 15 (jul/set, 2003). Rio de Janeiro: Padma, p. 73).

<sup>54</sup> Nesse sentido, cf. lição de AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, a. 26, abr/jun, Brasília, 1989, p. 215: “Fundamento ou pressuposto da autonomia privada, é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico”. No mesmo sentido, “O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro*, v. III, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41).

<sup>55</sup> Nesse viés, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 19-22. O civilista, após discorrer longamente sobre os aspectos da liberdade de contratar, arremata: “Em suas linhas gerais, eis o princípio da *autonomia da vontade*, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente seus contratos”.

<sup>56</sup> “A garantia constitucional da autonomia privada dirige-se àqueles atos de iniciativa particular que implicam relações com outros sujeitos na esfera patrimonial e se praticam através de negócios jurídicos, designadamente de contratos, tal como disciplinados nos Códigos e em algumas leis especiais” (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 83).

<sup>57</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 6 e ss.

Nesse sentido é a doutrina de Francisco dos Santos Amaral,<sup>58</sup> de Caio Mário da Silva Pereira<sup>59</sup> e de outros tantos juristas que se dedicaram ao estudo do direito dos contratos.<sup>60</sup> Uma lista mais extensa, todavia, é apresentada por Orlando Gomes, para quem a liberdade de contratar revela “elenco copioso” de aspectos, dentre os quais se incluíam, além dos três já mencionados, a liberdade de celebrar contratos atípicos, a liberdade de modificar o esquema legal do contrato e a liberdade de agir por meio de substitutos.<sup>61</sup> Em verdade, as facetas trazidas pelo civilista baiano dizem respeito a subdivisões do terceiro aspecto apontado pela doutrina majoritária – a liberdade de estabelecer o conteúdo e a forma do contrato –, razão pela qual se prefere tratá-las dentro da divisão majoritariamente concebida pela doutrina.

Em primeiro lugar, o aspecto da liberdade de contratar – referente à *liberdade de contratar ou deixar de contratar* – trata do direito que ostenta a pessoa de decidir, segundo suas próprias convicções e conveniências, *se* estabelecerá e *quando* estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual. Em segundo lugar, a liberdade de escolher *com quem* contratar implica dizer que o sujeito poderá escolher livremente – dentre as opções fornecidas pelo mundo da vida – aquele com quem celebrará o contrato. Pelo princípio, a pessoa é livre para sopesar os prós e os contras de contratar com um ou com outro. Por fim, o terceiro aspecto da liberdade de contratar – *a liberdade de estabelecer o conteúdo e a forma de que se revestirá o negócio* – consiste na permissão concedida aos contratantes de redigir as cláusulas contratuais ao sabor de suas conveniências e melhor interesse.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 222: “A liberdade contratual manifesta-se nos seguintes aspectos: liberdade de contratar, de escolher as partes com quem contratar, de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato”.

<sup>59</sup> O professor Caio Mário da Silva Pereira acrescenta, ainda, um quarto aspecto da liberdade de contratar, que consistiria na autorização de as partes “a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo respeitar tal como está, e assegurar sua execução segundo a vontade que presidiu sua constituição” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 21). Não se identifica tal autorização, contudo, como um aspecto da liberdade de contratar, mas como decorrência do direito das obrigações.

<sup>60</sup> A título exemplificativo, tome-se a lição de MELO, Marco Aurélio Bezerra de, p. 41: “A liberdade de contratar, que consiste na possibilidade deferida ao homem de autorregulamentação dos interesses, se apresenta em três vertentes: a primeira é a mais óbvia e lógica, que surge quando o contratante decide entre contratar ou não. Decidindo por contratar, deverá resolver com quem contratar e, por último, lhe é facultado estabelecer as cláusulas contratuais”.

<sup>61</sup> GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 81-82.

<sup>62</sup> “A faculdade de celebrar um contrato – liberdade de contratar propriamente dita – é considerada um dos desdobramentos da liberdade contratual. Além da possibilidade de contratar ou não contratar, a liberdade contratual implica ainda a escolha do outro contratante e a possibilidade de as partes fixarem autonomamente o conteúdo do contrato, podendo, se assim lhes aprouver, afastar-se dos contratos típicos, ou neles incluir cláusulas diversas das que a legislação supletiva prevê” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6).

Com efeito, ainda que a lei, por muito, ofereça tipos com estrutura legal pré-determinada, poderão as partes imprimir ao contrato redação própria, a revelar programa contratual único e indissociável daqueles que contratam. Isso porque o Direito Civil brasileiro permite aos contratantes, não obstante a existência de tipos contratuais fornecidos pela lei, a estipulação de negócios atípicos, conforme designado pelo artigo 425 do Código Civil.<sup>63</sup> Assim, não há óbice legal para que as partes deixem de lado o *default* fornecido pela legislação e assumam seu próprio destino negocial.<sup>64</sup>

Tais aspectos reunidos tornam natural sob a ótica da dogmática a conclusão de que o contrato, uma vez celebrado, configura-se de cumprimento obrigatório pelas partes nos exatos termos em que fora pactuado. Nesse ponto reside a gênese do princípio da obrigatoriedade dos contratos, comumente referido pelo adágio latino *pacta sunt servanda*. Afinal, se puderam escolher se contratariam ou não, com quem contratariam e, ainda, o conteúdo do contrato, a oposição posterior ao fiel cumprimento do pactuado revelaria, por si só, violação ao direito. Não à toa se dizia que o contrato teria força de *lei*, a indicar que eventual descumprimento deveria ser coibido pelo Estado tal como a violação dos preceitos emanados pela própria legislação.<sup>65</sup>

Contemporaneamente, contudo, a doutrina tem identificado, para além do limite interno imposto, primordialmente, pelo princípio da solidariedade constitucional,<sup>66</sup> algumas limitações legislativas – prévias, genéricas e abstratas – ao princípio da

<sup>63</sup> “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

<sup>64</sup> “É no entanto na liberdade de autorregular os próprios interesses sem ser obrigado a usar um dos tipos contratuais previstos e disciplinados na lei, que reside a essência mesma da autonomia privada. Essa ‘possibilidade criativa’ condensa-se no princípio da atipicidade dos contratos ou na regra do *numerus apertus*, segundo a qual os particulares podem esquematizar em contratos inominados, puros ou mesclados, as operações econômicas que atentem aos seus interesses e não estejam tipificadas na lei” (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 82).

<sup>65</sup> “Dentre os princípios clássicos do direito contratual, consagraram-se o da autonomia privada (liberdade das partes – a contemplar a liberdade de contratar e a liberdade contratual<sup>461</sup>), o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), e o da relatividade dos efeitos do negócio (*res inter alios acta*), pelo qual o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Da conjugação dos princípios decorria o apanágio de justo a tudo o que fosse acordado contratualmente: *quid dit contratuelle dit juste*” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 221).

<sup>66</sup> Sobre os limites internos ao exercício dos direitos, cf. a lição de PERLINGIERI, Pietro: “O direito subjetivo, como as outras situações subjetivas, pode ser limitado. Os limites são internos e externos. Um limite externo que privasse o titular do direito de uma faculdade essencialmente própria do direito seria de natureza excepcional. Todo direito se funda em um interesse e o ordenamento tanto mais reconhece um direito quanto este é exercido no modo correspondente àquele interesse. O limite agora é interno: o titular pode ter os comportamentos (e somente aqueles) que sejam justificados pelo interesse posto como fundamento da situação subjetiva” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 68 – tradução livre). No original: “*Il diritto soggettivo, come le altre situazioni soggettive, può essere limitato. I limiti sono interni ed esterni. Un limite esterno che privi il titolare del diritto di una facoltà essenzialmente propria del diritto sarebbe di natura eccezionale. Ogni diritto si fonda su di un interesse e l'ordinamento in tanto riconosce un diritto in quanto questo sai esercitato nel modo corrispondente all'interesse. Il limite è allora interno: il titolare può tenere i comportamenti (e soltanto quelli) che siano giustificati dall'interesse posto a fondamento della situazione soggettiva*”.

liberdade de contratar. No tocante ao seu primeiro aspecto, fala-se de casos em que a legislação *impõe a contratação*, a excluir a liberdade que teriam os contratantes de escolher se contratariam ou não. Tome-se como exemplo as disposições contidas nos incisos II e IX do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor,<sup>67</sup> segundo as quais ao fornecedor é vedada a recusa às demandas dos consumidores e à venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

A liberdade de escolher com quem contratar não raro também se mostra limitada na ordem contratual contemporânea, em que nem sempre a preferência do contratante se apresenta permitida pelo ordenamento. Pense-se na hipótese do contrato de doação: o doador cônjuge adúltero não poderá, de acordo com o artigo 550 do Código Civil, celebrar o contrato com seu cúmplice no adultério, sob pena de anulação condicionada à interpelação do outro cônjuge ou de seus herdeiros necessários.<sup>68</sup>

A liberdade de os contratantes determinarem o conteúdo do contrato também se mostra suscetível de limitações. Como aponta a doutrina, existem diversos dispositivos normativos de natureza cogente que não poderão ser afastados pelas partes quando da celebração do contrato. Tome-se como exemplo a impossibilidade de se estabelecer, em contrato de locação, a cobrança antecipada dos aluguéis (artigo 42 da lei 8.245/91), a revelar indiscutível limitação à autonomia das partes.

Percebe-se, portanto, que a liberdade de contratar sofre diversas limitações já antepostas pelo ordenamento, pois, como explica Darcy Bessone, há hipóteses em que a liberdade de contratar se mostrará meramente teórica, sob pena de gerar prejuízos ao contratante mais débil.<sup>69</sup> Nas conhecidas palavras do frei dominicano Henri Dominique Lacordaire, “entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.<sup>70</sup>

Contudo, não deve o intérprete se satisfazer com a observação dessas limitações antepostas pela legislação. Para além, torna-se necessário, na dinâmica das

---

<sup>67</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”.

<sup>68</sup> Código Civil: “Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

<sup>69</sup> BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1987, pp. 42-43.

<sup>70</sup> No original “*Entre le fort e le faible, le riche et le pauvre, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*”.

contratações contemporâneas, a investigação de limitações que incidam *in concreto*.<sup>71</sup> É dizer: a factualidade – a dinâmica de cada relação contratual – impõe, em muitos casos, à liberdade de contratar outras limitações que não aquelas legalmente estabelecidas e evidenciadas, que deverão ser consideradas pelo intérprete ao avaliar um contrato.

Como propugna a metodologia civil-constitucional, a factualidade se afigura absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito, que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes aplicativos,<sup>72</sup> de modo a determinar a atenção do intérprete às especificidades fáticas em que se realizam as contratações. Afinal, conforme nota Gustavo Tepedino, “na experiência brasileira, ao contrário do que preconizou Gaston Morin, assiste-se à estranha revolta dos fatos em face (não do legislador, mas) do intérprete, ao qual cabe, em última análise, traduzir a legalidade civil-constitucional. Há que se construir, superando misonéismos, técnica interpretativa compatível com o tempo das liberdades e das tecnologias”.<sup>73</sup>

Assim, algumas limitações à liberdade de contratar poderão ser verificadas a partir da análise das circunstâncias em que for pactuado o contrato. A *liberdade de contratar ou não*, por exemplo, poderá ser, se não tolhida, ao menos limitada, diante da essencialidade de que determinada contratação pode se revestir para o sujeito contratante. Ainda, em casos de monopólio ou oligopólio, por exemplo, a liberdade que, em tese, teria o contratante de escolher *com quem* contrata ficará, respectivamente, eliminada ou severamente limitada. Por fim, a formulação e imposição de contratos adesivos por uma das partes contratantes pode ser citada como hipótese de limitação à liberdade de contratar em seu terceiro aspecto.

Especial relevo assume no cenário contemporâneo a limitação da *liberdade de determinar o conteúdo do negócio*. No que toca à *formação* dos contratos, tem-se dito que “a contratação na sociedade massificada rompeu com os paradigmas da concepção

---

<sup>71</sup> Nesse sentido, cf. a lição de GRAU, Eros: “O que quero dizer é que a interpretação jurídica é mais do que um exercício de simples compreensão ou conhecimento do que está escrito nas leis. Porque a interpretação do direito é sempre voltada à obtenção de uma decisão para problemas práticos. Por isto, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. (...) O que na verdade existe (...) é uma equação entre interpretação e aplicação. De modo que aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem” (GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 284).

<sup>72</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132.

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, 2014, p. 419

contratual clássica”.<sup>74</sup> Fato é que a dinâmica das contratações contemporâneas obedece a lógica eminentemente diversa daquela sobre a qual foi forjada a disciplina napoleônica do direito dos contratos. Isso porque, como visto, a concepção clássica do contrato partia da igualdade formal entre as partes e do livre consentimento dos contratantes como verdadeiras premissas para a compreensão do fenômeno contratual.<sup>75</sup>

No advento do Código de Napoleão, os contratos, tais como ordenados pelo diploma civil, celebravam-se entre pessoas identificáveis, que tinham a possibilidade de discutir a minúcias os pormenores que regulariam a relação contratual. Atualmente, a sociedade, adjetivada como *massificada*, experimenta uma nova dinâmica contratual.<sup>76</sup> Longe de se permitir a discussão cláusula a cláusula do conteúdo do contrato, o que se pode observar é a despersonalização e a padronização das relações contratuais. Se antes era possível tratar a celebração do contrato como a grande expressão da autonomia privada, atualmente, no mais das vezes, o que se vê é a formação de contratos em que um dos contratantes apenas adere ao conteúdo que lhe é imposto pelo predisponente.<sup>77</sup>

Assim, em uma sociedade de hiperconsumo,<sup>78</sup> multiplicaram-se as contratações padronizadas, em desenfreado processo de *standardização*.<sup>79</sup> No contexto contemporâneo, o contrato de adesão surge como mecanismo disposto a atender à crescente demanda por celeridade de uma sociedade massificada, tornando-se, em diversos setores da economia, a forma predominante de contratação. Em outras palavras, pode-se dizer que a distribuição em massa corresponde, no plano jurídico, à contratação padronizada.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. In.: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 14, out/dez 2017, p. 75.

<sup>75</sup> O fenômeno foi denominado por alguns autores como a *crise do contrato*. Nesse sentido, v. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>76</sup> Atentos à alteração de paradigma na dinâmica contratual, alguns autores, de forma alarmada, anunciaram a chamada *morte do contrato*. Nesse sentido, v. GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

<sup>77</sup> “No novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o *contrato* sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa de ser simplesmente a expressão da *autonomia privada*; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes” (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 15).

<sup>78</sup> Sobre a sociedade de hiperconsumo, v. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

<sup>79</sup> Assim também observa TARTUCE, Flávio: “Tem contribuído sobremaneira para esse caminho sem volta de padronização a hipercomplexidade contemporânea, com o pluralismo, a velocidade, a ansiedade e o aumento das necessidades contratuais humanas” (*A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil: visão a partir da teoria do diálogo das fontes*, In: Claudia Lima Marques (Coord.). (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 207).

<sup>80</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.33, mar. 1977.

As limitações ao poder negocial e à liberdade de contratar observadas *in concreto* são elementos estruturantes da vulnerabilidade contratual. Vulnerável, portanto, é aquele cuja autonomia se percebe, em determinado contexto contratual, diminuída, apequenada, limitada ou prejudicada, pelo tolhimento ou limitação de seu poder negocial, traduzido na liberdade de contratar em quaisquer de seus aspectos – liberdade de contratar em sentido estrito (escolha do contratante), possibilidade de escolher com quem contrata e possibilidade de determinar o conteúdo do contrato – seja no momento de gênese do vínculo, seja no decorrer da relação.

### **3. A dinâmica das vulnerabilidades: aspectos conformativos da vulnerabilidade contratual**

O termo vulnerabilidade foi inicialmente utilizado em trabalho desenvolvido pela Comissão Nacional de Proteção às Pessoas Sujeitas à Pesquisa Biomédica e Comportamental do Congresso norte-americano, o chamado *Belmont Report*.<sup>81</sup> Contemporaneamente, permeia diversos campos do direito privado, notadamente o direito do consumidor. A etimologia da palavra remete ao termo latino *vulnus*, que significa ferida. Vulnerável, portanto, é adjetivo que designa aquele que pode ser ferido, enquanto vulnerabilidade designa uma particularidade de quem é vulnerável.<sup>82</sup>

No campo do Direito Civil, a doutrina brasileira percebe a vulnerabilidade como “uma categoria que exprime de forma bastante direta os esforços de satisfação de imperativos de solidariedade social e respeito à dignidade da pessoa humana. Configura mais um instituto construído – ou reconstruído – para tentar adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana”.<sup>83</sup>

#### **3.1. Vulnerabilidade patrimonial v. existencial: contrastes para um delineamento inicial do instituto no Direito dos contratos**

Conforme apontado em sua introdução, o escopo deste trabalho, no tocante ao estudo da vulnerabilidade como categoria jurídica, restringe-se ao perfil *patrimonial* e, mais

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300.

<sup>82</sup> “O conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, ‘que pode ser ferido’, de *vulnerare*, de *vulnus*, ‘ferida’ (...))” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38).

<sup>83</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99/2015, mai-jun/2015, p. 101-123, p. 101.

especificamente, *contratual* do instituto, ou seja, à vulnerabilidade relacionada a uma posição de inferioridade relacional, na qual o titular fica suscetível a lesão a seu patrimônio. Não está em mira, portanto, o importante debate a respeito das vulnerabilidades existenciais, compreendida como as situações jurídicas em que o titular se encontra sob a ameaça de ter sua esfera extrapatrimonial lesionada.<sup>84</sup>

A metodologia civil-constitucional reconhece, nesse contexto, a necessidade de se conferir às situações existenciais tutela qualitativamente diversa da outorgada às patrimoniais.<sup>85-86</sup> Como já observado alhures,<sup>87</sup> adaptar às situações existenciais instrumentos de tutela forjados para as patrimoniais acaba por gerar mais transtornos do que soluções. Os ajustes, quando não embaraçosos,<sup>88</sup> mostram-se, no mínimo, ineficazes a promover a desejável proteção das novas situações existenciais apresentadas pela contemporaneidade.

A via inversa tampouco será eficaz. Isto é, o recurso a instrumentos direcionados à tutela das situações existenciais para proteger situações eminentemente patrimoniais também se revelará inadequado. Nessa perspectiva, a utilização da categoria da vulnerabilidade existencial – aquela identificada, por exemplo, no idoso e na criança –<sup>89</sup> ao plano das relações contratuais de feição patrimonial poderá se mostrar antes prejudicial do que benéfica para uma compreensão apropriada do papel que a

<sup>84</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99/2015, mai-jun/2015, p. 101-123, p. 106. Sobre o tema da vulnerabilidade existencial, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>85</sup> Na lição de Pietro Perlingieri: “A ordem social pode ser analisada sob dois perfis: o ‘ter’, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o ‘ser’, que resguarda o aspecto existência da pessoa com seus direitos e deveres. A primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa econômica privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento da produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente aos outros cidadãos, ao respeito da própria dignidade” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 177).

<sup>86</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, op. cit., pp. 3-34.

<sup>87</sup> “É necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-á comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados. O Direito Civil retoma, em renovadas formas, a sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos civis em uma nova síntese - cuja consciência normativa tem importância histórica (...) entre as relações civis e aquelas econômicas e políticas” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34).

<sup>88</sup> Tome-se como exemplo a bastante comum classificação dos chamados direitos da personalidade sob a ótica do direito patrimonial. Ao dizer que são “indisponíveis” e “irrenunciáveis”, está-se ignorando o contexto real no qual se dão as relações existenciais. Se fosse indisponível o direito à integridade física, a utilização de brincos, por exemplo, estaria vedada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, cf. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>89</sup> KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana. Carolina Brochado. Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, p. 70-93, 2016.

vulnerabilidade exerce na interpretação dos mecanismos interventivos nos contratos entre particulares.

Por sua vez, a vulnerabilidade contratual – aspecto do perfil patrimonial do instituto – liga-se diretamente à restrição, presumidamente estabelecida pelo legislador ou efetivamente verificada *in concreto*, de algum aspecto da liberdade de contratar ou, de forma mais abrangente, ao poder negocial da parte. Dessa forma, a análise da posição ocupada pela parte na dinâmica da relação se torna indispensável à aferição da vulnerabilidade patrimonial no âmbito contratual, de modo que, nessa seara, a vulnerabilidade não se mostra um puro dado apriorístico inerente ao sujeito, conforme se desenvolverá adiante.

Em síntese, pode-se afirmar que a diferença fundamental entre os perfis patrimonial e existencial da vulnerabilidade reside no fundamento e no momento de sua verificação. Enquanto a vulnerabilidade existencial configura-se dado extraível das características intrínsecas da pessoa dita vulnerável, a patrimonial (em particular, a contratual) tem a ver com a restrição da autonomia privada do contratante vulnerado, devendo ser extraída, quando não de uma presunção legal, do programa contratual avaliado.

A própria consolidação do uso da palavra *vulnerável* revela que o perfil existencial do instituto antecedeu o patrimonial. Pois veja-se: *vulnerável*, semanticamente, é aquele que se pode vir a vulnerar (não necessariamente o já *vulnerado*), do que decorre que a figura do vulnerável se conecta a um dado apriorístico do sujeito, que já basta para lhe ser conferida tutela diferenciada pelo ordenamento. Diferentemente da existencial, uma vez que a vulnerabilidade patrimonial não é extraída somente de uma qualidade pura do sujeito contratante, conforme se verá a diante, o rigor técnico imporá a utilização do termo *vulnerado* (ao invés de *vulnerável*), pois todo *vulnerável* no plano contratual o é por já ter sido, de alguma forma, *vulnerado* em algum aspecto de sua autonomia. Contudo, no decorrer desse trabalho se tem valido do termo vulnerável por metonímia, vez que já consagrado nos usos jurídicos.

Não obstante a compreensão de que a avaliação da vulnerabilidade contratual deve levar em consideração a posição ocupada pela parte na relação concretamente percebida, não se ignora que, em alguns casos, também poderá ser extraída da lei, como ocorre com a figura do consumidor. Não se trata, contudo, da constatação legal de uma característica imanente ao sujeito contratante – inclusive porque não seria possível ao legislador delinear o perfil de todo consumidor no país –, mas de uma

*presunção*, neste caso absoluta, que antecipa o juízo de vulnerabilidade para momento anterior à formação da relação concreta. No mais das vezes, contudo, a vulnerabilidade contratual será extraída, conforme adiantado, de uma limitação do poder negocial traduzido na liberdade de contratar do sujeito, fator que só se poderá identificar na dinâmica da relação contratual *in concreto*.<sup>90</sup>

Alguns autores – notadamente os ligados à dogmática consumerista – compreendem, em viés que pode ser caracterizado como *subjetivista*, a vulnerabilidade contratual ainda como um atributo subjetivo da pessoa do contratante, de maneira análoga à operada pela vulnerabilidade existencial. Assim, vulnerável seria aquele que, ao contratar, estivesse destituído de conhecimento técnico, de informação, etc. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques destaca que a vulnerabilidade teria quatro facetas, dispostas a seguir.

A primeira delas – a *vulnerabilidade técnica* – se extrai do fato de o comprador não possuir conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, poder ser mais facilmente enganado a respeito das características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. Em segundo lugar, a *vulnerabilidade jurídica* consistiria na falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como na ausência de condições para ter acesso a eles. Em terceiro, a *vulnerabilidade fática* (ou econômica) relaciona-se ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios. Por fim, a *vulnerabilidade informacional* residiria no fato de o fornecedor deter as técnicas e o conteúdo informativo, podendo manipular o mesmo, fato que irá colocar o consumidor em situação de vulnerabilidade.<sup>91</sup>

Na mesma linha, Bruno Miragem afirma:

---

<sup>90</sup> "O contrato é um processo de direito material, inserido num sistema cuja unidade não afeta a presença de vasos comunicantes com outros sistemas", na interpenetração constante entre factualidade e normatividade, que conjuga, a um só tempo, "declaração, autonomia e comportamento no plano da força construtiva dos fatos sociais". Assim, "se faz contrato como processo e não apenas como instrumento, cujo efeito vinculante não se coloca aqui em dúvida" (FACHIN, Luiz Edson. *Transições do direito civil. Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 65-66). V. tb. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 2006.

<sup>91</sup> MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

a noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori, in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori, in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade.<sup>92</sup>

Tal perspectiva, ainda que de notável valor didático no tocante aos aspectos em que se manifesta a hipossuficiência do consumidor, não permite compreender o dinamismo de que se reveste a categoria da vulnerabilidade nas relações contratuais. Fato é que em todo contrato haverá alguma desigualdade ou desequilíbrio entre as partes. Não houvesse, não haveria por que contratar. Contrata-se, justamente, para que haja o deslocamento de determinada riqueza (ou risco) de um polo a outro da relação. Dessa forma, sempre existirá, em todo contrato, um desequilíbrio – informacional, técnico, jurídico, econômico, etc. – razão de ser da própria contratação.

Por esse viés, adotando-se a compreensão subjetivista da vulnerabilidade, não seria exagerado concluir que todo contratante poderia ser considerado, em algum aspecto, vulnerável. Diante do impasse, considerar-se-ia vulnerável em uma relação contratual a parte que provasse ostentar o maior número de deficiências pessoais (econômicas, jurídicas, cognitivas, etc.). Tal perspectiva acabaria por esvaziar funcionalmente o instituto, revelando-se inadequada às relações civis.

Por essa razão, não se deve, como alertado, tomar a vulnerabilidade contratual como categoria análoga à vulnerabilidade existencial. Ainda que fatores extrapatrimoniais possam interferir nas relações patrimoniais, os perfis da vulnerabilidade não se devem confundir. Vincular a aferição da vulnerabilidade *somente* a aspectos subjetivos do contratante acabaria por impor ao intérprete a impossível tarefa de perquirir, eventualmente, as fragilidades pessoais da parte que influenciem a execução do contrato. Sob essa concepção, correr-se-ia o risco de, a um só tempo, *i*) gerar indesejável presunção de vulnerabilidade em favor de determinado contratante ou, de forma igualmente prejudicial, *ii*) afastar a possibilidade de averiguação *in concreto* de uma vulnerabilidade que vá de encontro àquela indevidamente pré-concebida pelo intérprete.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114.

<sup>93</sup> Sobre o problema das preconcepções na hermenêutica jurídica, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Portanto, a vulnerabilidade contratual não se deve deduzir de um dado apriorístico do sujeito contratante, pois não se extrai da simples (e limitada) constatação de suas características subjetivas. Por tal raciocínio – repita-se – não se está a dizer que os aspectos subjetivos da parte são desimportantes à caracterização da vulnerabilidade. A rigor, a vulnerabilidade decorre justamente da interação entre tais características e a posição contratual ocupada pelo contratante que as carrega. Ou seja, o fato de a vulnerabilidade *contratual* tratar de conceito visceralmente vinculado ao programa acordado pelas partes não nega, de maneira alguma, sua permeabilidade às características subjetivas da pessoa do contratante. O que não se admite é a percepção da figura como um dado subjetivo apriorístico completamente desconectado da posição assumida pela parte dita vulnerável, desconsiderando-se o programa contratual em sua completude.

A concepção da vulnerabilidade como um dado imante do sujeito contratante acaba por gerar indesejáveis inconsistências, como, por exemplo, a que se percebe em julgado de junho de 2018, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deixou de afastar a cláusula de eleição de foro inserida em um contrato de franquia sob o fundamento de que o franqueado, por se tratar de empresário, presumir-se-ia pessoa de “intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual”,<sup>94</sup> o que afastaria eventual vulnerabilidade contratual.

Não se discute, neste artigo, a validade ou não da cláusula de eleição de foro aposta nos contratos de franquia. A passagem retirada do acórdão somente busca ilustrar de que maneira a compreensão inadequada acerca da vulnerabilidade, vinculando-a tão somente a aspectos subjetivos da parte, acaba por gerar reducionismos indesejáveis ao processo interpretativo (e decisório). Nesse caso, partiu-se de premissa que pode ser

---

<sup>94</sup> O acórdão se encontra ementado a seguir: “Agravado de instrumento. Ação anulatória de contrato de franquia. Marca “cartório mais”. Sentença que, nos termos do artigo 64, § 3º do CPC/15, declarou a incompetência do juízo para o processamento e julgamento da causa e, em consequência, determinou a baixa e a redistribuição da demanda a uma das varas cíveis da comarca de Goiânia/GO, face à prevalência de cláusula de eleição de foro existente no contrato que se pretende anular. Cláusula de eleição de foro convencionalizada pelas partes. Validade. Prevalência. Inaplicabilidade do CDC na relação jurídica travada entre o franqueado e o franqueador. Afastamento da cláusula de eleição de foro convencionalizada pelas partes, sendo aplicável ou não o CDC, que só ocorre se comprovadas (não apenas afirmada) a vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica, em relação ao franqueador, decorrentes do próprio contrato de franquia que se pretende rescindir, bem como, a impossibilidade de efetuar regular defesa no juízo contratualmente eleito a gerar prejuízos ao exercício da ampla defesa (abusividade), em situação de nítida ausência de equilíbrio contratual entre os contratantes, o que não restou verificado no caso em tela. Agravante que é empresário, não sendo pessoa desprovida de intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual. Confirmação da sentença. Honorários sucumbenciais recursais. Desprovemento do recurso” (TJRJ, AI nº 0055752-59.2017.8.19.0000, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Lúcio Durante, julgamento em 12.06.2018, DJe em 15.06.2018).

resumida na formulação *empresário = não vulnerável*, a invocar um silogismo subsuntivo prejudicial<sup>95</sup> à elucidação do ordenamento do caso concreto.<sup>96</sup>

O atrelamento da vulnerabilidade contratual à mera constatação de elementos subjetivos do contratante, sem considerar a posição ocupada e o programa assumido na relação, acaba por gerar prejuízos à avaliação da dinâmica contratual. À luz da inadequada perspectiva, assumindo-se como verdade inafastável, por exemplo, a vulnerabilidade da parte economicamente mais frágil, ignora-se eventual superioridade de poder negocial ou de conhecimento técnico que pode estar inserida na relação.

Ainda, a compreensão da vulnerabilidade como a falta de determinada competência subjetiva do contratante – seja ela econômica, cognitiva, jurídica, etc. – impõe ao intérprete que verifique (sabe-se lá como) as fragilidades a que se submete cada parte no momento da contratação, gerando perversa presunção no sentido de que alguns – mais notadamente os empresários – não seriam pessoas “desprovidas de inteligência” e que outros, *a contrario sensu*, mereceriam proteção jurídica justamente por o serem.

A verdade é que a vulnerabilidade – em seu perfil patrimonial-contratual – não se deve compreender como sinônimo de falta de inteligência ou de capacidade econômica. O entendimento técnico rigoroso a respeito de tão relevante conceito exige que se deixe de lado a acepção estritamente subjetiva para que se passe a adotar, em reestruturação

---

<sup>95</sup> “Não se trata de questão meramente terminológica. A subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação ao suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento da incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador, normas de conduta às quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade” (TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 444). V., ainda: “Entretanto, a despeito da racionalidade lógica do silogismo, há duas premissas equivocadas que autorizam a subsunção. A primeira delas é a separação entre o mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos no qual aquelas devem incidir, já que, a rigor, o direito se insere na sociedade e, por conseguinte, os textos legais e a realidade mutante se condicionam mutuamente no processo interpretativo. Em segundo lugar, a subsunção distingue artificialmente o momento da interpretação da norma abstrata (identificação da premissa maior) e o momento da aplicação da norma ao suporte fático concreto (enquadramento da premissa menor ao texto normativo). Contrariamente a tal compreensão, não é possível interpretar a norma aplicável sem levar em conta a hipótese fática que, por sua vez, se encontra moldada pelas normas de comportamento estabelecidas pelo direito (o qual condiciona a atuação individual). Daí a unicidade da interpretação e aplicação, sendo falsa a ideia de que haveria normas ideais em abstrato, capazes de tipificar e captar as relações jurídicas em concreto” (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. Revista Forense, vol. 419, 2014, p. 77).

<sup>96</sup> “Em conseguinte, a hermenêutica remodela-se por completo. A unidade na complexidade do sistema passa a impor ao intérprete papel construtivo na elucidação do ordenamento do caso concreto. Em cada decisão, o operador deverá realizar a ponderação dos diversos vetores incidentes na espécie, aplicando não o dispositivo de lei isoladamente, mas perquirindo o ordenamento jurídico em sua inteireza, complexo, heterogêneo e unitário, a fim de individualizar a solução jurídica compatível com a hierarquia de valores constitucionalmente traçada” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 213).

dogmática à luz da civilística contemporânea,<sup>97</sup> um conceito objetivado do fenômeno da vulnerabilidade.

Portanto, melhor compreender a vulnerabilidade – quando não presumida de forma absoluta pelo legislador – como um dado extraível da relação contratual *in concreto*, o que se poderá averiguar tanto no momento da gênese do pacto quanto ao longo de seu desenvolvimento. Para a identificação de vulnerabilidades contratuais em seu perfil patrimonial, os aspectos existenciais de cada sujeito terão importância à medida que inseridos (na) dinâmica da contratação.

Nessa linha, Paulo Luiz Netto Lôbo define vulnerabilidade como o “reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção”.<sup>98</sup> De fato, sob o prisma patrimonial, a vulnerabilidade não se refere primordialmente à pessoa do contratante, mas à *posição contratual* ocupada por ele. A avaliação das condições pessoais do contratante devem ser, portanto, *objetivadas* à luz do programa contratual.

Delimitado o âmbito de investigação da vulnerabilidade ao seu perfil patrimonial a se manifestar nas relações contratuais, tem-se que o conceito assume relevante papel no contexto da ordem contratual contemporânea, notadamente marcada por mecanismos interventivos nas pactuações privadas. Isso porque tais mecanismos encontram na vulnerabilidade – direta ou indiretamente – fundamento para a sua ativação ou, ao menos, um bom vetor interpretativo de seus critérios de aplicação, já que, no mais das vezes, as intervenções visam a tutelar o contratante em posição de vulnerabilidade.

Em verdade, a vulnerabilidade contratual não deve servir, a todo o tempo, de fundamento ao intérprete para lançar mão de instrumentos de interferência nos contratos entre particulares. Apesar de, por vezes, cumprir tal papel, funcionará a vulnerabilidade, na maioria dos casos, como *vetor interpretativo* dos mecanismos interventivos colocados à disposição do intérprete pelo ordenamento. Assim, torna-se, nesse ponto, necessário analisar de que maneira a vulnerabilidade é conformada contemporaneamente no âmbito do direito dos contratos para, em momento posterior, ser possível avaliar sua relação com os denominados mecanismos interventivos.

---

<sup>97</sup> É notória a preferência pelo Direito Civil contemporâneo da utilização de parâmetros objetivos, em franca superação de subjetividades. Nesse sentido caminham a Responsabilidade Civil e o princípio da boa-fé, objetivados na contemporaneidade.

<sup>98</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 162.

### 3.2. A vulnerabilidade contratual como síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados *in concreto*

Se não extraída puramente dos atributos subjetivos – ou da falta deles – da pessoa contratante, investiga-se de onde surge, ou melhor, o que torna presente a vulnerabilidade em determinada posição na dinâmica de uma relação contratual. Como visto, a vulnerabilidade liga-se indissociavelmente à restrição do poder negocial de um dos polos da relação contratual. Em rápida síntese, pode-se dizer que vulnerável é aquele que tem seu poder negocial, por alguma razão, reduzido ou prejudicado. Trata-se, em outras palavras, de corolário da limitação à autonomia do contratante.

Conforme estudado, a autonomia privada se traduz diretamente na liberdade de contratar, que, como visto, revela-se em três aspectos: *i)* liberdade de contratar *stricto sensu*; *ii)* liberdade de escolha do contratante, *iii)* liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Ocorre que sobre algum (ou alguns) dos mencionados aspectos podem recair limitações ou, até mesmo, é possível que algum deles seja totalmente suprimido.<sup>99</sup>

O menoscabo da liberdade de contratar em algum de seus aspectos revelará ao intérprete *fatores vulnerantes*, de cuja síntese se poderá extrair a vulnerabilidade, tendo em vista que eventuais limitações à liberdade de contratar geram necessariamente ao contratante a redução de seu poder negocial.<sup>100</sup> Assim, são fatores vulnerantes *i)* a restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*; *ii)* a restrição à liberdade de escolher o contratante; *iii)* a restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato. Soma-se a eles um quarto fator vulnerante, *iv)* a dependência contratual em sentido amplo, também hábil a gerar prejuízos ao poder negocial do contratante.

Como já estudado, a liberdade de contratar em sentido estrito se traduz na possibilidade de o indivíduo decidir se celebrará ou não determinado contrato. Trata-se da mais basilar manifestação da autonomia privada. A prerrogativa de escolher *se contrata ou não* denota que, uma vez decidindo pela contratação, o agente o fez no

<sup>99</sup> Em perspectiva crítica às limitações à autonomia privada, cf. CORDEIRO, António Menezes: “As limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição o Direito privado” (CORDEIRO, António Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª ed.: Livraria do Advogado Editora, p. 351). V. tb. “Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso, seus melhores defensores” (AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 213).

<sup>100</sup> “O contrato é veículo livre de desenvolvimento da personalidade, meio de realização da dignidade humana. Se, em virtude da disparidade de poderes, for excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça contratual, pois a autodeterminação requer justa conformação de interesses” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 19).

pleno exercício de sua liberdade.<sup>101</sup>

Nessas hipóteses – desconsiderando-se a ocorrência de outros fatores limitativos à liberdade, que serão estudados adiante – o direito dos contratos deve preservar o pacto tal como fora celebrado, dificultando (ou impossibilitando) o manejo de mecanismos interventivos perante avenças pactuadas em plena liberdade. Como visto, na ordem contratual contemporânea, a ativação de mecanismos interventivos relaciona-se, no mais das vezes, à proteção do contratante em situação de vulnerabilidade. Não havendo posição de vulnerabilidade, portanto, torna-se mais dificultosa a interferência no ajuste privado.

O contrário ocorre quando determinada contratação *se impõe* ao sujeito de direito. Hipóteses nas quais ou não lhe competirá opinar de todo a respeito da celebração do negócio ou não lhe serão fornecidas no contexto em que está situado alternativas razoáveis à contratação. Por alguma razão, terá de contratar.

Os casos de mais fácil observação se inserem no contexto de contratações ditas de suma necessidade.<sup>102</sup> Contudo, não se exige, para a caracterização do fator vulnerante ora analisado, que o contrato seja de importância vital para a parte. Basta que das circunstâncias se possa extrair que a alternativa de não contratar importaria à parte prejuízo irrazoável, tomando-se em conta aspectos pessoais do contratante e o contexto social em que se insere o contrato.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> “A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio, a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar e a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar. Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, sua recusa é legítima” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 95).

<sup>102</sup> Tome-se como exemplo os contratos cativos, definidos por MARQUES, Cláudia Lima como “uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais de contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes, consumidores. Esta posição de dependência, ou como aqui estamos denominando de catividade, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família status, segurança, crédito renovado, escola ou formação universitária certa e qualificada, moradia assegurada ou mesmo saúde no futuro” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79).

<sup>103</sup> “Nessa medida, o primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir dos dados da realidade, realçando-lhe as diferenças, sempre que tal processo se revelar necessário à sua tutela integral. A abstração do sujeito, de outra parte, assume grande relevância nas hipóteses em que a revelação do dado concreto possa gerar restrição à própria dignidade, ferindo a liberdade e a igualdade da pessoa. A coexistência das duas construções – do sujeito e da pessoa –, sempre funcionalizadas à tutela da dignidade humana, coloca o intérprete, desse modo, frente ao desafio de promover a ‘compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças’” (TEPEDINO, Gustavo. *O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 18).

Imagine-se o caso em que o sujeito celebra com uma operadora de telefonia um contrato de fornecimento de um pacote de dados para uso de *internet*. O mercado de trabalho contemporâneo em determinados centros urbanos exige do trabalhador que disponha de acesso ininterrupto à rede de computadores, o que torna a referida contratação, de certa forma, imprescindível para que exerça satisfatoriamente sua profissão. Pondo-se de lado outros aspectos atinentes ao uso da internet (como acesso a entretenimento, informação, etc.) e dando enfoque somente à necessidade de inclusão no mercado de trabalho, poder-se-ia contra-argumentar que o contrato não seria indispensável ao indivíduo caso exercesse outra atividade laborativa. De fato, o acesso à internet pode não se mostrar indispensável a toda sorte de trabalho. Contudo, não se pode deixar de perquirir as especificidades concretas da pessoa do contratante e da sociedade em análise. Em um contexto no qual grande parte da população economicamente ativa dos grandes centros urbanos necessita de acesso à internet para trabalhar, cairia por terra eventual argumento de que tal contrato configuraria um supérfluo capricho social.

Conclui-se, portanto, a dizer que, demonstrada *in concreto* a necessidade de internet para integrar o mercado de trabalho, a contratação se configuraria necessária, do que se permite concluir que há, no bojo desta ilustrativa relação contratual, verdadeira limitação à liberdade de contratar em sentido estrito, pois ao contratante não foi dado decidir se contrataria ou não, tendo em vista que a opção pela não contratação lhe imporia prejuízo irrazoável. No caso, a exclusão do mercado de trabalho especificamente considerado.<sup>104</sup>

Assim, estaria caracterizada a ocorrência do primeiro fator vulnerante: a limitação ou exclusão da liberdade de contratar em sentido estrito, nas hipóteses em que ao sujeito se impõe, por razoáveis razões objetivamente aferíveis *in concreto*, que celebre determinado contrato, sob pena de, assim não o fazendo, submeter-se a relevante prejuízo no exercício de algum direito seu.

Muitas vezes, apesar de ao sujeito caber a escolha de negociar – a permanecer incólume sua liberdade de contratar em sentido estrito –, não será possível, uma vez decidindo contratar, a escolha de *com quem* irá celebrar a avença. Evidencia-se, assim, um segundo fator vulnerante, que consiste na restrição à escolha do outro contratante.

---

<sup>104</sup> “O princípio da dignidade da pessoa humana, como bem se pode observar, deve fazer referência à proteção da pessoa concreta, não se reduzindo ao ‘sujeito virtual’ abstratamente considerado, reputado como mero elemento da relação jurídica ou centro de imputação” (FACHIN, Luiz Edson; PIANÓVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, 2008, p. 102).

O referido fator encontra-se com mais facilidade em mercados mono ou oligopolizados, marcados pelo número restrito de opções para se relacionar. Tome-se como exemplo o caso de uma companhia que presta serviços de apoio marítimo no mar territorial brasileiro. Grande parte das operações desse mercado são contratadas pela Petrobras, razão pela qual fica evidente a existência do referido fator vulnerante em tais contratações.

Como aludido, os fatores vulnerantes relacionam-se diretamente com a restrição do poder negocial de um dos polos da relação. Por óbvio, se ao contratante não são dadas opções em um mercado de livre concorrência para que possa negociar contratos que lhe sejam mais vantajosos, não restam dúvidas de que seu poder negocial se revela, nesses casos, limitado, razão pela qual se nota mais um fator vulnerante.

O terceiro fator apresentado trata justamente da limitação diretamente imposta à possibilidade de negociação do conteúdo do contrato. Nessas hipóteses, ao contratante é dado tão somente optar por aceitar o contrato em sua inteireza ou recusá-lo. Trata-se do fenômeno da contratação adesiva.

O contrato de adesão não diz respeito a um tipo contratual nem ao objeto do contrato propriamente dito. Configura, em verdade, um método de contratação. Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que o contrato de adesão forma-se “pela adesão de uma parte à declaração de vontade estereotipada da outra”.<sup>105</sup> É lugar comum em doutrina se dizer que o traço caracterizador do contrato de adesão reside no poder que detém um dos contratantes (proponente) de pré-estabelecer os dispositivos componentes do instrumento contratual, enquanto que ao outro (oblato) caberá tão somente aceitar os termos propostos – tornando-se, assim, *aderente* – ou rejeitá-los.

O problema que se impõe ao intérprete é justamente o de conjugar a necessidade de celeridade e despersonalização das contratações contemporâneas com a afirmação dos valores constitucionais nas relações privadas. Nesse aspecto, surgem para a civilística grandes desafios no que toca à sistemática dos contratos de adesão, que viabiliza as contratações na sociedade contemporânea compreendida como massificada ou, ainda, de hiperconsumo.<sup>106</sup> No âmbito dos contratos adesivos, tem-se que “o consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”.<sup>107</sup> Em didática expressão popular: é pegar ou largar.

---

<sup>105</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63.

<sup>106</sup> Sobre a temática da *massificação* na sociedade contemporânea, cf. VARGAS LLOSA, Mario, A civilização do espetáculo, Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 35: “Massificação é outra característica, aliada à frivolidade, da cultura de nosso tempo”.

<sup>107</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, 24<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.109.

Diante de um contrato de adesão, caberá a uma das partes apenas aceitar, *em bloco*, as cláusulas estabelecidas pela outra, manifestando-se o consentimento como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica. Justamente pela ausência de *contratualidade* plena, algumas vezes se levantaram desde o limiar do século XX contrariamente à caracterização do instituto como contrato propriamente dito.<sup>108</sup>

A controvérsia desenvolveu-se na França, tendo muitos juristas se manifestado favoravelmente à designação do contrato de adesão como contrato. Georges Ripert, por exemplo, não confere ao instituto natureza própria. Para o jurista, tratar-se-ia de contrato, a se distinguir apenas pelo modo pelo qual o consentimento se manifesta.<sup>109</sup> O presente trabalho não comporta maiores digressões a respeito do contorno histórico da disciplina dos contratos de adesão.<sup>110</sup>

O Código de 1916 não tratou do instituto,<sup>111</sup> que só ganhou contornos legislativos no Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, no Código Civil de 2002. A definição legal do contrato de adesão nas relações de consumo é trazida pelo artigo 54 do CDC, que dispõe:

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 o seu conteúdo.

Posto que a definição do instituto tenha sido introduzida no direito brasileiro pela legislação consumerista, deve-se ressaltar que a disciplina dos contratos de adesão – e, conseqüentemente, a tutela do aderente – não se restringe às relações de consumo. Afinal, como se depreende da doutrina especializada, “o que é essencial no contrato de adesão é a ausência de debate prévio entre as partes, com a predeterminação unilateral

<sup>108</sup> SALEILLES, Raymond. De la déclaration de volonté. *Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand*. Paris: LGDJ, 1929, pp. 229 e ss. Nesse sentido, v. WERNER, José Guilherme Vasi. Adesão, abusividade e vulnerabilidade: uma vinculação necessária? In. *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. Fernando Legal (org.), Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, pp. 189-190: “Inicialmente, as primeiras impressões sobre o fenômeno do contrato de adesão eram no sentido de negar a própria natureza de contrato, tendo em vista a ausência de manifestação de vontade do aderente em relação à estipulação do programa contratual. Um dos principais defensores dessa corrente anticontratualista foi o francês Raymond de Saleilles, para quem o fenômeno remetia a uma declaração unilateral de vontade, e, como tal, deveria ser tratada”.

<sup>109</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 104-105.

<sup>110</sup> Para um panorama geral do desenvolvimento histórico do instituto do contrato de adesão, v. por todos, SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais: limites à autonomia negocial nos business to business contracts*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, pp. 20 e ss.

<sup>111</sup> Diante da expansão das contratações massificadas, a ausência de normatização da disciplina atinente aos contratos de adesão foi notada por alguns autores brasileiros. Dentre eles, destaca-se GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

do conteúdo contratual”,<sup>112</sup> o que pode ocorrer também em relações não-consumeristas. O Código Civil de 2002, atento ao fenômeno da massificação das contratações, dispôs sobre os contratos de adesão em seus artigos 423 e 424.<sup>113</sup> As previsões legislativas do CDC e do Código Civil não se excluem, guardando cada uma delas, à luz da unidade do ordenamento, potencialidade específica à tutela do aderente (consumidor ou não) em cada caso concreto. Nessa esteira, reconheceu o Enunciado nº 171 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, que “o contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

Significa dizer, portanto, que a tutela do aderente não se vincula à tutela do consumidor, devendo ser observada também quando relações civis ou até mesmo empresariais sejam celebradas pelo método adesivo. A proteção do aderente justifica-se, ao revés, em um desequilíbrio – não já econômico ou informacional, mas – contratual puro. Em outras palavras, tutela-se o aderente em razão de sua limitada (ou excluída) possibilidade de influenciar no conteúdo da avença à qual se submete.

A desigualdade de poder negocial sempre foi apontada como principal fundamento para a tutela do aderente, uma vez que, por esse método de contratação, a autonomia da parte aderente é reduzida, no mais das vezes, à escolha entre aceitar (aderir ao) o conteúdo contratual *in totum* ou recusar-lhe adesão. Assim, a proteção legislativa do aderente se justificaria na tentativa de impedir abusos por parte daquele que predispõe o conteúdo do contrato.<sup>114</sup>

Importante ressaltar, nesse sentido, que nem sempre há desigualdade econômica entre aqueles que contratam adesivamente. O que caracteriza o contrato como de adesão é a

---

<sup>112</sup> SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais*: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, p. 32.

<sup>113</sup> Código Civil: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

<sup>114</sup> Há quem vincule a tutela do aderente à proteção do contratante que detivesse menor poderio econômico. Tal entendimento não se justifica, uma vez que o âmbito de proteção do aderente é sensivelmente maior. Nesse sentido, veja-se SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais*: limites à autonomia negocial nos *business to business contracts*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – citando GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954, p.141-143: “(...) segundo Anteo Genovese, a opinião antes exposta, apesar do mérito de trazer luz para determinados aspectos da realidade econômica, tem a falha de não ter presente todo o âmbito de aplicação da disciplina das condições gerais do contrato. Para o autor, a equação predisponente como sujeito economicamente mais forte constitui critério jurídico impreciso, tendo em vista a incerteza e a variabilidade dos fatores econômicos que concorrem para formar aquela situação de prevalência.<sup>152</sup> Nesse sentido, é possível que operador do mercado econômico, como grande comerciante ou industrial, encontre-se na posição de aderente, em contrato entre duas sociedades empresárias”.

assimetria de poder negocial. Tampouco se baseia a proteção do aderente em um pretense desconhecimento dos termos do contrato. Circula socialmente a ideia de que ao aderente deve ser concedida tutela jurídica especial em razão do desconhecimento que teria de todas as cláusulas contratuais. Partir-se-ia da premissa de que o contratante-aderente se atentaria somente às cláusulas essenciais do contrato, ignorando as demais.

Por óbvio, uma vez disponibilizado o conteúdo de todo o contrato adesivo, caberá ao aderente cumprir com o dever de diligência de se informar para, posteriormente, celebrar o contrato. Parece inadequada, portanto, a transferência para o predisponente dos riscos gerados pela ignorância do conteúdo de certas cláusulas pelo aderente. Tal não parece ser o melhor fundamento para as especificidades normativas que circundam o contrato de adesão.

Assim, reside na assimetria de *poder negocial* o fundamento legítimo da tutela do aderente. Para Teresa Negreiros, tal assimetria justifica, a partir do princípio do equilíbrio contratual, a criação de mecanismos de tutela do aderente, a resguardar o equilíbrio entre as posições econômicas dos contratantes em relação ao conteúdo e aos efeitos do contrato.<sup>115</sup> A referida assimetria traduz, portanto, mais um fator vulnerante, dada a redução do poder negocial do contratante aderente.

Por fim, chega-se à *dependência contratual*, último dos quatro fatores vulnerantes listados acima, cujo *locus* de incidência reside nos denominados contratos de colaboração, que se situam, em uma escala de medição do fator cooperativo, *entre* os contratos de intercâmbio<sup>116</sup> e os contratos de sociedade.<sup>117</sup> Nesse sentido, os contratos de colaboração firmam-se entre partes juridicamente autônomas, que absorvem riscos distintos, embora interdependentes.<sup>118</sup> Tais relações contratuais são regidas por um espírito de solidariedade de interesses, que justifica a cooperação entre as partes, de modo que o sucesso empresarial de um refletirá no sucesso do outro.

---

<sup>115</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.158-159.

<sup>116</sup> “Nos contratos de intercâmbio, o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra. O exemplo típico é a compra e venda: mais alto o preço que Tício consegue obter pela alienação de suas ovelhas a Caio, maior a vantagem de Tício, em detrimento da de Caio. *Aqui, os interesses das partes são contrapostos*” (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 179).

<sup>117</sup> “A doutrina indica que caracterizam as sociedades em geral: [i] fim comum; [ii] contribuições dos sócios e [iii] *affectio societatis*, esta última identificada como a vontade de suportar áleas comuns, arcando todos os sócios com as eventuais perdas decorrentes da atividade e pertencendo o lucro a todos” (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181).

<sup>118</sup> FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52.

Evidentemente, a colaboração configura dever imposto pela cláusula geral da boa-fé objetiva em todos os contratos e não apenas naqueles ditos colaborativos.<sup>119-120</sup> Apesar disso, não se pode deixar de notar que haverá ajustes em que a cooperação se mostrará integrante do fim negocial, o que permitirá, ao final, a classificação do contrato como colaborativo. De todo modo, é de se reconhecer que a distinção entre o dever de cooperação ínsito a esses contratos e os demais se mostra meramente quantitativa.

Nessa ambiência, faz-se necessária especial atenção do intérprete à *dependência contratual*. A colaboração entre contratantes em prol de um empreendimento comum, longe de ser um campo livre de disputas, revela-se terreno fértil para a incidência desse fator vulnerante cujos efeitos deverão ser minorados pelo julgador.

Em síntese, nos contratos colaborativos, evidencia-se a dependência contratual à medida que um contratante não puder, por si próprio, cumprir determinada obrigação – ou feixe de obrigações – sem a efetiva cooperação da outra parte.<sup>121</sup> Na sabedoria popular, diz-se que um contratante está “nas mãos” do outro, já que, sem o seu auxílio, não poderá executar o acordado.

Por via da dependência contratual – fator vulnerante objetivamente averiguado *in concreto* –, algumas características subjetivas do contratante poderão influenciar no juízo de vulnerabilidade, desde que digam respeito ao programa contratual considerado, não se confundindo, assim, com a hipossuficiência.<sup>122</sup> Ainda, ressalta-se que a perquirição da incidência do fator vulnerante, conforme se desenvolverá adiante, deve se dar a respeito de cada aspecto específico da relação contratual. Desse modo, a incidência do referido fator vulnerante em determinada particularidade do contrato não permite concluir que tal contratante é integralmente dependente.

<sup>119</sup> Nesse sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439. Ainda, v. NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>120</sup> FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66: “De toda forma, o tratamento jurídico dado à noção de cooperação após a Constituição da República de 1988 foi qualitativamente alterado. Se antes de sua promulgação se poderia dizer que o credor deveria colaborar com o devedor, mas em uma perspectiva ainda voltada atomisticamente aos interesses do segundo, agora há de assumir que o dever de colaboração vai mais além do que os interesses individuais e momentâneos das partes contratantes; é baluarte, sim, do interesse social maior de que vigore em toda a teia de relacionamentos sociais o sentido do agir solidário. O fundamento, vê-se, é substancialmente mais profundo no ordenamento jurídico atual”.

<sup>121</sup> “Este [o dever de colaboração e cooperação] opera em uma via de duas direções: tanto cabe ao devedor executar a sua obrigação da maneira mais proveitosa ao credor, quanto cabe a este – mais do que não criar empecilhos – ensejar o cumprimento da prestação pelo devedor” (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 64).

<sup>122</sup> Nesse sentido, v. a lição de FORGIONI, Paula, a respeito da dependência econômica: “(...) a eventual situação de dependência econômica não autoriza a pressuposição de hipossuficiência, apenas ilumina a compreensão do contexto contratual e a interpretação da avença” (FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 268).

Pode-se concluir, assim, que nenhum contratante será 100% dependente. Haverá, no bojo da relação contratual, obrigações para cujo cumprimento o contratante dependerá de medidas cooperativas e outras em que estas não se farão necessárias. Apenas nas primeiras incide a dependência contratual, que atuará como vetor interpretativo de mecanismos interventivos eventualmente associados a *essas* obrigações *dependentes*.

Tome-se como exemplo o franqueado de uma rede de *fast-food* que não possui domínio técnico do procedimento de fritar batatas. Não obstante, confia que o franqueador, em dever de colaboração contratualmente previsto, fornecer-lhe-á cursos e manuais para que possa, a partir do conhecimento adquirido, adimplir com seu dever contratual. Nesse caso, a interpretação de eventual (des)cumprimento desta prestação em particular pelo franqueado não poderá deixar de considerar a incidência da dependência contratual. Não significa dizer, como alertado, que o franqueado é um dependente contratual pleno, já que para cumprir outras tantas obrigações *não* dependerá da cooperação do franqueador.

Uma vez compreendidos os fatores vulnerantes que geram restrição ao poder negocial das partes, resta responder à indagação que acompanha o leitor desde o início: a partir de uma reestruturação dogmática, em que consiste a vulnerabilidade contratual? Com efeito, a investigação se mostra de grande valia para a contratualística contemporânea, vez que a busca pela limitação dos efeitos da vulnerabilidade corresponde à vedação ao abuso do poder negocial, que não se tolera em direito.<sup>123</sup> Antes de fornecer resposta à pergunta formulada, cumpre, em breve parênteses, esclarecer o que *não é* a vulnerabilidade contratual.

Tem-se que a vulnerabilidade contratual *não* deve ser compreendida como o resultado de uma inequação matemática formulada a partir das carências pessoais de cada contratante, da qual se poderia – inadvertidamente – extrair que vulnerável seria a parte que reunisse o maior o número de deficiências. Tampouco se mostra correto afirmar que a vulnerabilidade é extraída de inequação análoga aplicada (não já às subjetividades de cada parte, mas) aos fatores vulnerantes que se impõem a cada um dos polos do contrato. Não se trata, portanto, de simples operação aritmética a determinar aquele que sofre de maior carência de poder negocial e que, por consequência, deve ser tutelado.

---

<sup>123</sup> “O exercício de poder implica submissão do outro”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 161.

Fechados os parênteses, tem-se que a vulnerabilidade contratual deve ser extraída de um juízo realizado concretamente, tomando-se como parâmetro não apenas os fatores vulnerantes incidentes, mas também o programa contratual economicamente considerado, tudo isso à luz do aspecto contratual em que se busca identificar o advento da vulnerabilidade contratual. Trata-se do que se pode chamar de um *juízo de vulnerabilidade*, do qual se extrai que a vulnerabilidade contratual consiste na *síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados in concreto*. Submetendo o conceito à análise, tem-se que a vulnerabilidade contratual provém de uma *síntese dos fatores vulnerantes*, isto é, da reunião de cada fator vulnerante que incide sobre determinado aspecto contratual.

Diz-se, outrossim, que os fatores vulnerantes devem ser *averiguados objetivamente*, a significar que a avaliação dos fatores vulnerantes se vincula à dinâmica do programa contratual objetivamente apreciado, não se limitando a considerações de aspectos pessoais de cada contratante, que ganharão importância apenas se (e na medida em que) importarem ao referido programa contratual.

Ainda, a vulnerabilidade será aferível a partir da investigação *in concreto* dos fatores que recaiam sobre cada um dos polos contratantes, isto é, considerando-se o específico aspecto contratual em que se insere a problemática.<sup>124</sup> A necessidade de avaliação *in concreto* permite concluir que haverá aspectos contratuais em que uma posição contratual se mostrará vulnerável e outros em que não lhe incidirá nenhum fator vulnerante, não assumindo a vulnerabilidade, portanto, relevância na tutela do interesse da parte que a ocupa. Nessa perspectiva, também se torna possível concluir que, em uma mesma relação contratual, não há óbice à caracterização de ambas as posições como vulneráveis, desde que considerados aspectos contratuais distintos. Assim, em ótica civil-constitucional, o dever de averiguar concretamente a vulnerabilidade vai ao encontro da imposição ao intérprete da busca pela elucidação do ordenamento do caso concreto.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> “O estudo do direito não pode ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes” (Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3ª ed., p. 55).

<sup>125</sup> Na lição de Pietro Perlingieri: “O ordenamento, todavia, não se exaure na complexidade de sua gênese legislativa e normativa; a complexidade do ordenamento é dada pelo impacto com o sistema sociocultural de atribuição, que não é aspecto factual privado de capacidade condicionante. Mas é aspecto estrutural conformativo e adequador e, portanto, realmente conteudístico do *ius. Societas* é cultura, e esta vive no momento aplicativo, criativo do ordenamento do caso concreto, através também da cultura dos operadores, juízes, advogados, notários, funcionários. Desse modo, a experiência enriquece a norma, plasmando-a e tornando-a efetiva” (Complettà e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente, in *Rassegna di diritto civile*, vol. 1/05, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 192 – tradução livre). No original: “L’ordinamento, tuttavia, non si esaurisce nella complessità della sua genesi legislativa e normativa; la complessità dell’ordinamento è data dall’impatto con il sistema socioculturale di appartenenza, che non è aspetto fattuale privo di capacità condizionante. Ma a aspetto strutturale conformativo e adeguatore e, quindi, realmente contenutistico dello *ius. Societas* è cultura, e questa vive nel momento applicativo, creativo dell’ordinamento del caso concreto, attraverso anche la cultura degli operatori: giudici, avvocati, notai, funzionari. In tal modo l’esperienza arricchisce la norma, la plasma e la rende effettiva”.

Por fim, note-se que a síntese dos fatores vulnerantes se qualifica como *ponderativa*. Significa dizer que deverá ser realizada em ponderação com o programa contratual integralmente considerado.<sup>126</sup> Em outras palavras, para a averiguação da vulnerabilidade contratual, o intérprete, considerando o aspecto contratual *in concreto*, deverá avaliar, de um lado, a incidência dos fatores vulnerantes no referido aspecto e, de outro, o programa contratual em que se inserem os riscos assumidos por cada contratante.<sup>127</sup> Dessa maneira, uma vez contraposto o programa contratual aos fatores vulnerantes faz-se possível verificar o grau de vulnerabilidade extraível da posição contratual relacionada ao aspecto contratual concretamente problematizado.<sup>128</sup>

A ponderação com o programa contratual revela-se de inegável importância para que se possa verificar o grau de eventual vulnerabilidade que recaia sobre determinado polo contratante. Assim, permite-se o concluir que um mesmo fator vulnerante está apto a gerar, em programas contratuais distintos, vulnerabilidades em graus diferentes.

O exposto acima ficará mais bem elucidado com o recurso a um exemplo. Pois veja-se: a posição ocupada por um locatário que celebra um contrato de locação residencial de maneira adesiva – isto é, aderindo totalmente aos termos impostos pelo locador – apresenta vulnerabilidade em grau distinto do polo ocupado por um franqueado que celebra adesivamente um contrato de franquia. Isso porque, no primeiro caso, o programa contratual do contrato de locação residencial não traduz uma espécie de empreendimento com fins lucrativos por parte do locatário, que busca com o contrato,

---

<sup>126</sup> Sobre a importância do programa contratual à avaliação da justiça do contrato, cf. lição de TERRA, Aline Miranda Valverde: “Significa, então, que se deve abandonar a análise voluntarista do equilíbrio das posições contratuais, em homenagem à investigação pautada no específico programa contratual voltado à realização dos interesses perseguidos pelas partes. A justiça contratual deixa de ser avaliada com base na vontade arbitrária, no subjetivismo dos contratantes, e passa a depender da avaliação concreta do seu interesse a partir da específica disciplina contratual” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27).

<sup>127</sup> “Em uma sociedade fluida e de massificação do consumo, impõe-se observar fatores como o risco assumido por cada contratante, além de juros, cláusulas penais, cláusula resolutiva expressa, dentre outros. A busca do equilíbrio requer a investigação ampla da relação, o que impõe ao intérprete o dever de mirar também aspectos negociais não clausulados e até mesmo eventuais coligações contratuais” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 440).

<sup>128</sup> Sobre a importância do estudo do direito em problemas, destaca PERLINGIERI, Pietro: “Por outro lado, são editados manuais que induzem apenas as noções, onde os conceitos e a esquematização são excessivos. Isto, sem dúvida, é devido a uma reforma simplificadora dos estudos universitários, mas a menor quantidade de páginas e de horas de estudo e de aulas não pode eliminar o método de formação substituindo-o por aquele meramente informativo. A problematização deve ser garantida, ainda que os argumentos sejam reduzidos” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78).

aliás, exercer seu direito fundamental à moradia.<sup>129</sup> No segundo caso, é ínsito ao programa contratual da franquia a assunção de determinados riscos pelo franqueado, justamente porque pretende, com a relação, auferir lucro.

A comparação entre os programas contratuais citados em exemplo permite concluir que a vulnerabilidade verificada na posição contratual do locatário ilustrada será em grau mais elevado do que a vulnerabilidade que recai sobre o franqueado, ainda que ambas decorram da incidência do mesmo fator vulnerante – a restrição à liberdade de contribuir para a formação do conteúdo do contrato. A conclusão diz respeito justamente à necessidade da ponderação com o programa contratual *in concreto* para que se possa determinar de que maneira a assunção de riscos pelo contratante interfere na dinâmica contratual e, portanto, no juízo de vulnerabilidade.

Assim, diz-se que a vulnerabilidade configura um *posterius* ponderativo, pois apenas se poderá dizer se um contratante é vulnerável ou não após o cotejo dos fatores vulnerantes objetivamente averiguáveis *in concreto* com o programa contratual de repartição de riscos pelos contratantes.

### **3.3. Vulnerabilidade contratual e intervenção nas relações privadas**

A vulnerabilidade contratual atua, no Direito contemporâneo, ora como fundamento de ativação, ora como vetor interpretativo dos mecanismos interventivos mais diversos, manejados pelo intérprete diante de relações em que se verifique situação de vulnerabilidade a recair sobre a posição relacional ocupada por uma das partes. Uma vez delineado o conceito de vulnerabilidade contratual, cumpre estabelecer de que maneira o instituto se relaciona com os instrumentos de interferência heterônoma nas relações privadas.

Como sabido, à luz do Direito Civil oitocentista, as intervenções nos contratos ocorriam em nome da proteção da vontade, razão pela qual se extinguíam os negócios jurídicos em que se verificasse algum descompasso entre a vontade manifestada e a real intenção do agente. Em perspectiva voluntarista, a proteção da vontade era compreendida como a única fonte autorizadora da intervenção do Estado-juiz nos contratos. Nessa conjuntura, as categorias jurídicas fundamento dos mecanismos de intervenção

---

<sup>129</sup> O direito à moradia é assegurado pela Constituição da República como direito fundamental. Nesse sentido, cf. a redação do artigo 6º da Carta Maior: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

ligavam-se justamente à vontade, como, por exemplo, a dos vícios de consentimento – erro, dolo, coação – e o regime das incapacidades.<sup>130</sup>

Entretanto, como apontado anteriormente, o despontar da ordem contratual contemporânea forneceu ao intérprete novos fundamentos para a utilização de mecanismos interventivos, agora não mais voltados à tutela da vontade emanada, mas à salvaguarda do equilíbrio das relações contratuais.<sup>131</sup> Ao contrato, compreendido contemporaneamente como uma necessidade social, passou-se a impor o dever de refletir uma relação dinâmica e funcionalmente equilibrada.<sup>132</sup>

Assim, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva, função social e do equilíbrio contratual, a categoria jurídica da vulnerabilidade em seu perfil patrimonial-contratual veio a assumir relevante papel para a conformação dos contratos na contemporaneidade, permitindo parte da doutrina a tratar de um princípio da proteção do contratante vulnerável,<sup>133</sup> a servir de fundamento para a ativação de instrumentos de interferência nos contratos firmados entre particulares, ainda que, por vezes, de forma apenas indireta.

A vulnerabilidade pode se relacionar com a intervenção nos contratos privados de três maneiras distintas. A primeira, por meio da imposição legislativa de presunção

<sup>130</sup> “Assim, o direito privado e, especificamente, o direito contratual, a partir dos séculos XIX e XX, erguem-se sobre a base do princípio da autonomia, resultante da junção da vontade com a liberdade. De maneira que a fonte primordial do direito privado se encontrava no próprio indivíduo e em sua liberdade. Sob tal perspectiva, a autonomia era compreendida como verdadeiro dogma, a expressar o valor da liberdade individual (...) O conteúdo da vontade, manifestado pelo exercício da ampla liberdade de contratar, não sofria, de fato, controle estatal, na medida em que não havia interesse na verificação de o contrato ser justo ou injusto, mas, apenas, no controle de sua licitude. Importante era assegurar a vontade livre, invalidando, portanto, pactos resultantes da vontade viciada. A justiça contratual, portanto, resultava do próprio processo de formação do contrato” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 428).

<sup>131</sup> “A transição do Estado liberal para o Estado do bem-estar social, por outro lado, ensejou uma drástica mudança, ao exigir uma intervenção estatal mais intensa sobre a atividade particular, que perduraria mesmo no posterior cenário do chamado neoliberalismo. Logo se constatou que a escolha por uma visão predominantemente funcional do direito vincula-se intimamente a uma maior intervenção (do Estado e, em particular, do julgador) sobre a autonomia privada” (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019, p. 4).

<sup>132</sup> Sobre o necessário equilíbrio nas relações contratuais, cf. lição de PERLINGIERI, Pietro: “A sociedade não se pode reduzir somente ao mercado e às suas regras; o direito, ao qual compete a regulamentação da sociedade, indica limites e corretivos, ditados não somente pela persecução da riqueza e da sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. O mercado necessita de normas que o legitimem e o regulamentem: entre mercado e direito não há um antes ou um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 506).

<sup>133</sup> O debate acerca da existência ou não de tal princípio é tema que foge ao escopo do presente estudo. De todo modo, vale ressaltar que o princípio é comumente comentado pela doutrina consumerista. V., nesse sentido, Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2010, 3ª ed., pp. 197-198.

absoluta da vulnerabilidade de um dos polos contratantes. A segunda, mediante a constatação de que o legislador, ao regular determinado tipo contratual,<sup>134</sup> adotou como premissa a vulnerabilidade de uma das partes, apesar de não ter imposto ao intérprete que, diante do caso concreto, presuma tal vulnerabilidade de forma absoluta. Nesse caso, haveria uma espécie de presunção meramente relativa da vulnerabilidade. A terceira, por fim, dá-se quando o legislador não oferece ao intérprete um juízo pré-pronto acerca da vulnerabilidade das partes, não impondo presunção absoluta ou relativa a esse respeito.

Como se verá adiante, salvo a primeira hipótese – de presunção absoluta de vulnerabilidade – o intérprete não poderá se furtar da investigação *in concreto* acerca da incidência de fatores vulnerantes constatada objetivamente e ponderada com a unidade do programa contratual. Dessa maneira, atinge-se o rigor metodológico necessário à adequação do manejo dos mecanismos repressivos – de intervenção heterônoma – operados pelo Estado-juiz ou, ainda, por tribunal arbitral.

Na hipótese em que o legislador impõe presunção legal absoluta de vulnerabilidade, não será dado ao intérprete afastar a qualificação da parte como vulnerável. Nesse sentido, impensável a descaracterização do consumidor, por exemplo, como vulnerável. A propósito, confira-se a lição de Bruno Miragem, para quem “a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor”.<sup>135</sup>

A perspectiva se extrai da própria literalidade do Código de Defesa do Consumidor, que impõe o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo. Nesses termos, a redação de seu art. 4º:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

---

<sup>134</sup> “A intervenção processa-se tecnicamente mediante a imposição de normas legais ao conteúdo dos contratos de direito econômico, bem como por meio de proibições e pela subordinação da eficácia do contrato a específica e prévia autorização do poder público. A lei é, em muitos casos, a fonte imediata de todo o conteúdo do contrato, e, em outros, a razão por que se contrata” (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 87).

<sup>135</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

Haverá, contudo, hipóteses em que será possível verificar que o legislador, apesar de não vir a impor *tout court* a presunção absoluta, partiu de premissa genérica de vulnerabilidade em favor de um dos polos contratantes. Tal premissa costuma-se revelar usualmente de fácil constatação pelo intérprete, não raro sendo apontada pela doutrina dedicada ao estudo da espécie contratual em questão.

Nesse sentido, viu-se no Direito brasileiro o alvorecer de diplomas legislativos que buscam tutelar um dos polos da relação contratual. São inúmeros os textos legais com esse escopo, dentre os quais se poderia, exemplificativamente, destacar: o Decreto 22.626/1933, que prevê a proteção do mutuário face aos juros usurários, a Lei 8.245/1991, que protege em diversos aspectos o inquilino face ao locador. Trata-se de manifestações do dirigismo contratual prévio, operado pela edição de normativa protetiva voltada a determinado polo contratual.

Observa, assim, Paulo Luiz Netto Lôbo que “algumas dessas vulnerabilidades reclamaram tal grau de intervenção legal que se converteram em ramos autônomos do direito, a exemplo do direito do trabalho, do direito autoral, do direito agrário e do direito do consumidor”.<sup>136</sup> O comentário do jurista é pertinente no ponto em que evidencia que a vulnerabilidade como categoria jurídica pode ser percebida em graus, que irão reclamar maior ou menor intervenção – seja prévia, seja posterior. Contudo, é de se ressaltar que da existência de graus de vulnerabilidade jamais se poderá extrair a construção de microsistemas incomunicáveis e impermeáveis à axiologia constitucional.

Nesses casos, o legislador parte de premissa que identifica em uma das partes certa vulnerabilidade que justifica a edição dos diplomas legislativos protetivos, por natureza gerais e abstratos.<sup>137</sup> Assim, determina ao intérprete a adoção de presunção meramente relativa, de modo que a caracterização da vulnerabilidade não poderá prescindir da avaliação *in concreto* das vicissitudes do programa contratual e da posição ocupada pelo contratante.

Em outras palavras, a premissa de que se vale o legislador para, abstratamente, fornecer normativa dirigida à tutela de um dos polos de certo tipo contratual não é

---

<sup>136</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160.

<sup>137</sup> Sobre a presunção de vulnerabilidade no Direito do Consumidor, cf. a lição da doutrina: “A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e *como* devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, *consumidor* e *fornecedor*, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114).

suficiente, em regra, para autorizar o intérprete a adotar postura de superproteção da parte. Assim, será imprescindível o exame *in concreto* de modo a confirmar ou afastar a existência de vulnerabilidade contratual. É dizer: ainda que o legislador tenha adotado como premissa a vulnerabilidade, por exemplo, do locatário, não se mostra adequada a interpretação de toda a Lei do Inquilinato a seu favor. Isso porque, na dinâmica de uma relação locatícia específica, pode ser evidenciado que não incidem fatores vulnerantes em sua posição contratual, a afastar sua vulnerabilidade. Ainda, nada impede que seja, até mesmo, configurada a vulnerabilidade do locador, contrariando a premissa adotada pelo legislador. A análise dependerá, como visto acima, da síntese ponderativa entre os fatores vulnerantes objetivamente apurados *in concreto* e a unidade do programa contratual adotado.

Assim, o legislador, ao prever os mecanismos de intervenção, fá-lo a partir de juízo valorativo realizado em abstrato, que leva em consideração as manifestações de vulnerabilidade mais recorrentes no mundo da vida. Tal juízo afigura-se necessariamente incompleto, pois prescinde da factualidade extraível apenas da concretude de cada caso. Dessa forma, torna-se necessária a constante averiguação funcional da *fattispecie* concreta apta, uma vez verificados os efeitos essenciais do ajuste,<sup>138</sup> a averiguar *i)* se a premissa abstrata de vulnerabilidade se verifica de fato e *ii)* se existente, em que medida pode justificar a adoção de um instrumento interventivo previsto pelo legislador.

Não se ignora, evidentemente, que, na grande maioria dos casos, o exame da vulnerabilidade *in concreto* tende a confirmar a presunção legislativa. Não obstante, não se exclui a possibilidade de, excepcionalmente, poder-se extrair da dinâmica da relação contratual vulnerabilidade que vá de encontro àquela adotada como premissa pelo legislador.

A dinâmica das vulnerabilidades se completa com a terceira hipótese, referente aos casos em que, apesar de não prevista pelo legislador, a vulnerabilidade pode ser extraível da

---

<sup>138</sup> “O conteúdo do contrato, ao invés, concorre para a individualização dos efeitos da *fattispecie* e portanto para sua interpretação e sua qualificação. Aquilo que interessa é identificar o conjunto das cláusulas contratuais e dos efeitos legais como conteúdo daquele contrato em particular, prescindindo da tipicidade ou atipicidade. O interesse perseguido em concreto configura a função negocial” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 404 – tradução livre). No original: “*Il contenuto del contratto concorre invece all’individuazione degli effetti della fattispecie, e quindi alla sua interpretazione e alla sua qualificazione. Quello che interessa è individuare l’insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare concreto contratto, a prescindere dalla tipicità o dalla atipicità. L’interesse perseguito in concreto configura la funzione negoziale*” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 404).

relação contratual, quando se observar a incidência de *fatores vulnerantes* que, de alguma forma, reduzam a autonomia da parte. Assim, definiu-se a vulnerabilidade, para além de um mero aspecto presumido pelo legislador, em seu perfil dinâmico como a síntese dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados *in concreto*.

Nesse sentido, o artigo 421-A, acrescentado ao Código Civil pela Lei nº 13.874/2019 – Lei das Liberdades Econômicas –, dispõe que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. Nota-se da literalidade do dispositivo legal que a presunção (relativa) de paridade e simetria pode ser afastada por *elementos concretos*. Desse modo, reconhece o legislador a possibilidade de incidência de fatores vulnerantes idôneos, no caso concreto, a subverter a lógica pré-moldada pelo legislador.

Assim, conclui-se que a vulnerabilidade decorre, quando não de presunção legal absoluta, do menoscabo do poder negocial verificado em determinada posição da relação contratual. A ausência de presunção legal de vulnerabilidade não impede a existência de fatores limitativos à autonomia privada, dos quais se poderá extrair a vulnerabilidade<sup>139</sup> e, conseqüentemente, o fundamento para eventual intervenção.

Desse modo, extraem-se duas importantes conclusões a respeito da dinâmica das vulnerabilidades. A primeira: ainda que o legislador, ao regular determinado tipo contratual, não tenha presumido a vulnerabilidade de um dos polos contratantes, poderá ser (a vulnerabilidade) extraível *in concreto*, a partir da verificação da incidência dos fatores vulnerantes na dinâmica da relação contratual. A segunda conclusão refere-se ao fato de que, ainda que o legislador tenha presumido a vulnerabilidade de uma das partes, nada impede que o intérprete identifique, na indispensável elucidação do ordenamento do caso concreto, vulnerabilidade presente no outro polo da contratação.

Ainda, caso haja contraposição entre a vulnerabilidade relativamente presumida e a verificada *in concreto* no que toca a um mesmo aspecto da relação contratual, caberá ao

---

<sup>139</sup> “A ausência do contratante vulnerável legalmente presumido não afasta outros modos de limitação da autonomia privada, para prevenir vulnerabilidades ocasionais ou circunstanciais. A legislação atual prevê regras voltadas à preservação da equivalência material dos contratos, algumas das quais tinham sido suprimidas da codificação civil liberal, com o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva em razão de circunstâncias supervenientes e imprevistas, a resilição unilateral, as fases pré e pós-contratual, as limitações dos juros de mora e da cláusula penal, a flexibilização dos vícios redibitórios, a evicção” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167).

intérprete a realização de juízo de merecimento de tutela a fim de identificar o interesse preponderante à luz da legalidade constitucional.<sup>140</sup>

Em consequência, admite-se que a vulnerabilidade não é um dado estático pré-informado pelo ordenamento. Trata-se de instituto dinâmico, de modo que não poderá prescindir o intérprete de um detido exame *in concreto*, apto a, inclusive, afastar, em raros casos, a proteção pré-concebida pelo legislador. Ressalta-se que tal hipótese configura-se excepcionalíssima. Em geral, as presunções legislativas vão ao encontro da maneira com que as relações contratuais usualmente se estabelecem. Não se pode, contudo, deixar de admitir que o contrário possa, ainda que incomumente, ocorrer.

Dessa forma, em qualquer uma das três formas de relação, o intérprete será capaz de encontrar na vulnerabilidade, ou melhor, na tutela do vulnerável um vetor interpretativo dos mecanismos de intervenção no contrato. Salvo as hipóteses em que a vulnerabilidade se impuser por presunção legal absoluta, o intérprete deverá, a fim de verificar sua existência e medida, examinar o programa contratual concreto. Do contrário, poderá conferir proteção exacerbada a contratante não-vulnerável ou – de modo igualmente prejudicial – de não tutelar o ocupante da posição contratual verdadeiramente vulnerável.

Uma vez destacadas as três maneiras pelas quais a vulnerabilidade poderá se relacionar com os mecanismos de intervenção nos pactos firmados entre particulares, passa-se à breve análise de como a categoria jurídica se relaciona com tais instrumentos de interferência.

Em determinados casos, a vulnerabilidade funcionará como justificativa bastante à adoção de algum mecanismo interventivo. Isto é, há instrumentos de intervenção cuja ativação depende única e exclusivamente da incidência de fatores vulnerantes. Veja-se

---

<sup>140</sup> Sobre o juízo de merecimento de tutela, cf. lição de SOUZA, Eduardo Nunes de: “Por sua vez, um ato que não se considere merecedor de tutela o será sempre em termos relativos (ou seja, não será merecedor de tutela em relação a outro exercício particular que lhe seja contraposto). No plano funcional, esse ato é plenamente conforme aos valores associados à sua tutela jurídica (i.e., à sua função); sua repressão decorre tão somente de uma incompatibilidade com outro ato, também obediente à respectiva função, mas que, à luz da totalidade do sistema, merecerá tutela preferencial. A medida da repressão do primeiro ato, assim, não será a sua própria função, mas a medida necessária para a tutela do outro, dito merecedor de tutela em sentido estrito. Não se pode afirmar, assim, que o primeiro ato seja antijurídico (ao menos, não no mesmo sentido em que se fala do ilícito e do abuso); não existisse uma posição particular contraposta que promovesse melhor os valores do sistema, esse ato teria sua eficácia reconhecida. Em suma, todo ato lícito e não abusivo será, em sentido amplo, merecedor de tutela: o merecimento é, em regra, uma consequência da licitude e não abusividade do exercício; excepcionalmente, porém, exigir-se-á do intérprete um terceiro e último juízo valorativo para determinar se o ato terá seus efeitos protegidos” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In. Coleção Faculdade de Direito da Uerj 80 anos, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 94).

o exemplo do instrumento de intervenção presente na interpretação mais favorável, trazido pelo artigo 423 do Código Civil.<sup>141</sup> Nessa hipótese, bastará a constatação de que o contratante é aderente e, a essa proporção, vulnerável, para que tal mecanismo seja ativado a seu favor.<sup>142</sup>

Em outras hipóteses, a vulnerabilidade atuará como um fator de ponderação que deverá ser observado pelo intérprete em vistas de averiguar a adequação ou não da ativação de determinado mecanismo interventivo. Isto é, servirá a vulnerabilidade como *vetor interpretativo* dos requisitos que o próprio legislador aponta como autorizadores da ativação dos instrumentos de intervenção.

É de fácil constatação o papel da vulnerabilidade como cânon interpretativo dos requisitos de aplicação de determinados institutos, por mais que tal função não esteja evidenciada pelo legislador. Veja-se: o Código de Defesa do Consumidor apresenta instrumentos de tutela contratual similares aos do Código Civil. Contudo, no primeiro diploma legal os requisitos de aplicação de tais instrumentos mostram-se menos rígidos do que no segundo. A título ilustrativo, pode ser indicado o mecanismo de revisão contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do Código Civil, não exige a imprevisibilidade do evento para a caracterização da onerosidade excessiva, bastando que o evento superveniente torne as prestações excessivamente onerosas para o consumidor.<sup>143</sup> Isso porque, como já destacado, o Direito do Consumidor parte de presunção absoluta da vulnerabilidade de um dos polos contratantes. Contudo, diante de relação não consumerista, o requisito da imprevisibilidade se faz de necessária demonstração. Nessas relações, o intérprete deverá observar *in concreto* a existência de fatores vulnerantes que poderão influenciar a avaliação do referido requisito, conforme se evidenciará adiante. Evidencia-se, portanto, que a vulnerabilidade é utilizada, ainda que de forma não-declarada, como parâmetro pelo legislador para determinar a rigidez dos requisitos de aplicação de determinados institutos.

Dessa forma, em perspectiva concreta, parece razoável extrair que, sendo outorgado ao intérprete pela contratualística contemporânea o relevante papel de proteger o contratante em posição de inferioridade, a vulnerabilidade deve servir-lhe como

---

<sup>141</sup> Código Civil: “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

<sup>142</sup> A investigação a respeito dos mecanismos interventivos será devidamente aprofundada no Capítulo III deste estudo.

<sup>143</sup> Cf. art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor.

parâmetro interpretativo dos institutos pelos quais se possibilitam intervenções nas relações contratuais, tais como a resolução contratual – por inadimplemento ou por onerosidade excessiva – a invalidação de cláusulas, redução equitativa da cláusula penal, etc.

#### **4. Conclusão**

O artigo que se encerra propõe uma reestruturação dogmática do instituto da vulnerabilidade em seu perfil patrimonial-contratual. Parte da investigação de que maneira a vulnerabilidade contratual influencia o manejo de mecanismos interventivos nos litígios envolvendo contratos privados. Expõem-se as principais conclusões que se permitiram alcançar, sem, contudo, deixar de apontar que o presente estudo se propõe a fornecer uma singela contribuição ao intérprete que opera o direito dos contratos. Por essa razão, os resultados atingidos não se pretendem traduzir em um fim. Buscou-se apenas iluminar, ainda que timidamente, o início de um longo caminho que possivelmente poderá vir a ser percorrido por aqueles que se dedicam à contratualística contemporânea.

Conforme destacado, a vulnerabilidade desponta como categoria jurídica cuja necessidade de exame atento se torna inafastável. À proteção da parte que ocupa posição contratual vulnerável não caberá opor uma pretensa tutela da autonomia privada, artificialmente utilizada como argumento de sustentação de um pacto dissonante aos valores da legalidade constitucional. Assim, verificada uma situação de vulnerabilidade contratual na dinâmica da relação in concreto, a pura manutenção do contrato, longe de traduzir respeito à autonomia privada, revela, ao revés, deferência a uma injustiça contratual que não pode ser tolerada.

A diferença fundamental entre os perfis patrimonial e existencial da vulnerabilidade reside no fundamento e no momento de sua verificação. Enquanto a vulnerabilidade existencial configura-se dado extraível das características intrínsecas da pessoa dita vulnerável, a patrimonial (em particular, a contratual) tem a ver com a restrição da autonomia privada do contratante vulnerado, devendo ser extraída, quando não de uma presunção legal, do programa contratual avaliado.

A liberdade de contratar sofre diversas limitações já antepostas pelo ordenamento, pois há hipóteses em que tal liberdade se mostrará meramente teórica, sob pena de gerar prejuízos ao contratante mais débil. Contudo, não deve o intérprete se satisfazer com a

observação desses limites antepostos pela legislação. Para além, torna-se necessário, na dinâmica das contratações contemporâneas, a investigação de limitações que incidam in concreto. É dizer: a factualidade – a dinâmica de cada relação contratual – impõe, em muitos casos, à liberdade de contratar outras limitações que não aquelas legalmente estabelecidas e evidenciadas.

As limitações ao poder negocial e à liberdade de contratar observadas *in concreto* são elementos estruturantes da vulnerabilidade contratual. Vulnerável, portanto, é aquele cuja autonomia se percebe, em determinado contexto contratual, diminuída, apequenada, limitada ou prejudicada, pelo tolhimento ou limitação de seu poder negocial, traduzido na liberdade de contratar em quaisquer de seus aspectos – liberdade de contratar em sentido estrito (escolha do contratante), possibilidade de escolher com quem contrata e possibilidade de determinar o conteúdo do contrato – seja na formação do vínculo seja no decorrer da relação.

Assim, a vulnerabilidade contratual não se deduz de um dado apriorístico do sujeito contratante, pois não se extrai da simples constatação de suas características subjetivas. Por tal raciocínio não se conclui que os aspectos subjetivos da parte sejam irrelevantes à caracterização da vulnerabilidade. A rigor, a vulnerabilidade decorre justamente da interação entre tais características e a posição contratual ocupada pelo contratante que as detém. Como cediço, o fato de a vulnerabilidade contratual tratar de conceito visceralmente vinculado ao programa acordado pelas partes não nega, de maneira alguma, sua permeabilidade às características subjetivas da pessoa do contratante. O que não se admite é a percepção da figura como um dado subjetivo apriorístico completamente desconectado da posição assumida pela parte dita vulnerável, desconsiderando-se o programa contratual em sua completude.

Não obstante a compreensão de que a avaliação da vulnerabilidade contratual deve levar em consideração a posição ocupada pela parte na relação concretamente percebida, não se ignora que, em alguns casos, também poderá ser extraída da lei, como ocorre com a figura do consumidor. Não se trata, contudo, da constatação legal de uma característica imanente ao sujeito contratante, mas de uma presunção, neste caso absoluta, que antecipa o juízo de vulnerabilidade para momento anterior à formação da relação concreta. No mais das vezes, contudo, a vulnerabilidade contratual será extraída, conforme adiantado, de uma limitação do poder negocial traduzido na liberdade de contratar do sujeito, fator que só se poderá identificar na dinâmica da relação contratual in concreto.

Por fim, a vulnerabilidade contratual consiste na síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados in concreto, à medida que a ponderação com o programa contratual revela-se de inegável importância para que se possa verificar o grau de eventual vulnerabilidade que recaia sobre determinado polo contratante. Assim, permite-se o concluir que um mesmo fator vulnerante está apto a gerar, em programas contratuais distintos, vulnerabilidades em graus diferentes. O instituto da vulnerabilidade atua, no Direito contemporâneo, como fundamento de ativação ou como vetor interpretativo dos mecanismos interventivos mais diversos, manejados pelo intérprete diante de relações em que se verifique situação de vulnerabilidade a recair sobre a posição relacional ocupada por uma das partes.

Com efeito, a vulnerabilidade pode se relacionar com a intervenção nos contratos privados de três maneiras distintas. A primeira, por meio da imposição legislativa de presunção absoluta da vulnerabilidade de um dos polos contratantes. A segunda, mediante a constatação de que o legislador, ao regular determinado tipo contratual, adotou como premissa a vulnerabilidade de uma das partes, apesar de não ter imposto ao intérprete que, diante do caso concreto, presuma tal vulnerabilidade de forma absoluta. A terceira, por fim, dá-se quando o legislador não oferece ao intérprete um juízo pré-pronto acerca da vulnerabilidade das partes, não impondo presunção absoluta ou relativa a esse respeito.

Salvo a primeira hipótese – de presunção absoluta de vulnerabilidade – ao intérprete não caberá se furtar da investigação in concreto acerca da incidência de fatores vulnerantes constatada objetivamente e ponderada com a unidade do programa contratual. Dessa maneira, atinge-se o rigor metodológico necessário à adequação do manejo dos mecanismos repressivos – de intervenção heterônoma – operados pelo Estado-juiz ou, ainda, por tribunal arbitral.

### **Referências bibliográficas**

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, jul. 2003, pp. 73-88.

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, n. 20, out.-dez. 1996, pp. 25-70.

AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria* e autonomia da vontade. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Faculdade de Direito de Bauru*, Bauru, n. 34, abr.-jul. 2002, pp. 85-91.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, pp. 207-230.

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 7, n. 27, jul. 2006, pp. 279-292.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, v. 750, abr. 1998, pp. 113-120.
- BALLALAI, Augusto Luppi. A vontade como elemento primordial no direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 8, n. 32, out. 2007, pp. 21-31.
- BASTOS, Ricardo da Silva. Uma nova visão dos contratos: a autonomia privada. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, 2001, v. 30, pp. 369-374.
- BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, Curitiba, n. 57, c. 5, pp. 68-101.
- BITTENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, 2004, pp. 248-265.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, jan. 2005, pp. 95-119.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 4, 2013.
- BORGES, Luís Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. Tese (Mestrado). Curso de Direito, Universidade de Marília, São Paulo, 2010.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Direito e Democracia*, Canoas, vol. 1, n. 1, 1º sem. 2000, pp. 95-112.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autonomia privada e vontade: considerações históricas sobre a formação dos motivos no Código Civil brasileiro. *II Congresso Internacional de Direitos Fundamentais do Curso de Direito da UNOESC*. Santa Catarina, 2012, pp. 129-141.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Liberdade contratual e sua funcionalização: orientação metodológica e linguagem utilizadas pela Comissão Elaboradora do Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.38, jan.-jun. 2010, pp. 103-121.
- CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 19, jul. 2004, pp. 83-129.
- CAENAGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução por Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 315-256.
- CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, RJ, v. 5, n. 19, jul. 2004, p. 29-48.
- CARVALHOSA, Modesto Sousa Barros. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 43, jun. 1994, pp. 42-45.
- CORDEIRO, António Menezes. *Estudos de Direito Civil*, v. 1. Coimbra: Almedina, 1994.
- CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral de direito civil*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 1987.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*, v. 1. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Atlântida, 1975
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1980.
- FABRO, Roni Edson e RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e / ou autonomia privada? *VI Mostra universitária*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 1, 2015.

FACHIN, Luiz Edson e BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma no Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. In: GONÇALVES, Fernando (Coord.). *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos*. Brasília: STJ, 2009, pp. 141-184.

FERREIRA, Carla Froener. A Evolução da Autonomia da Vontade sob o prisma do Direito Civil-Constitucional. *Revista Novatio Iuris*, Porto Alegre, v. 5, n.1, jan.-mar. 2013, pp. 24-28.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GOMES, Orlando. *Direito Privado (novos aspectos)*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v.3: contratos e atos unilaterais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, jan. 2001, pp. 73-82.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 11, n.43, jul. 2010, pp. 33-75.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 99, mai.-jun. 2015, pp. 101-123.

LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Org.). *Direito & Justiça Social*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, pp. 159-171.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O princípio da vulnerabilidade e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na proteção do Consumidor-Empresa. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 5, jul.-dez. 2009, pp. 105-123.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *AJURIS*, Porto Alegre, v.19, n. 56, nov. 1992, pp. 56-86.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 139, jul.-set. 1998, pp. 5-22.

MAZEAUD, Henri. *Lecciones de derecho civil*, v.1, p.2: obligaciones: el contrato, la promesa unilateral. Trad. de Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1969.

MAZEAUD, Denis. Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 60, n. 4, jul.-ago. 2014, pp. 800-849.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEZZASOMA, Lorenzo. Disciplina del contratto, tutela del contraente debole e valori costituzionali. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, out.-dez. 2015, pp. 95-127.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte Geral*, t. III. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, 2º sem. 2000, pp. 246-268.

MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 3, 2001, pp. 131 - 163.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, 2016.

MONTEIRO, Marina Stella de Barros. A autonomia privada nos contratos em massa e sua conformação pelo princípio da boa-fé objetiva. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, São Paulo, v. 3, n. 9, jan.-mar. 2011, pp. 153-173.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, v. 5: direito das obrigações, 2ª pt. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v.4: direito das obrigações, 2ª pt. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEHME, Jorge Elias. Autonomia da Vontade e seus limites à luz do novo código civil. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2007, pp. 131-136.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, n. 20, out.-dez. 1996, pp. 88-111.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 16, n. 64, out.-dez. 2007, pp. 80-108.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 24, v. 101, set.-out. 2015, pp. 103-136.

ONÇA, Luciane da Silva; BARRETO, Wanderlei de Paula. Autonomia da vontade privada e extinção dos contratos. *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, v. III, 2010, pp. 159-193.

PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, out. - dez. 2003, pp. 66-72.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Isabella Cristina Ribeiro. Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor: distinções significativas. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 17, n. 399, set. 2013, pp. 64-65.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de Adesão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 1, 1904, pp. 3-43.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 26, v. 110, mar.-abr. 2017, pp. 43-77.

- POTHIER, Robert Joseph; TELLES, José Homem Correa. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc.*, t. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906.
- REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 104, v. 956, jun. 2015, pp. 89-115.
- REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. *Revista de Direito Privado - RDPRIV*, São Paulo, a. 15, v. 60, out. - dez. 2014, pp. 85-97.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 35, 2º sem. 2008, pp. 69-82.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos contratos e regulação de mercado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 22, 1º sem. 2002, pp. 203-223.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3ª ed. francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937.
- RIPERT, Georges. *Traité de Droit Civil: d’après le traité de Planiol*, t. 2. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1957.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, v. 3. Rio de Janeiro: Aide, 1988.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, jul.-set. 2004, pp. 113-130.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, mar. 2017, pp. 155-188.
- SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1929.
- SANTOS, António Marques dos. Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 23, 2º sem. 2002, pp. 81-151.
- SANTOS, Juliana Cardoso dos. *Da autonomia da vontade nos contratos de consumo*. Artigo Científico. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, 1996, pp. 141-159.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio. L'autonomia privata come fonte normativa e come canone di interpretazione del contratto. *Incontro Sul Tema*, Carela, 2015, pp. 1-9.
- SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 135-162.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019.
- STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção moderna da teoria contratual. *Em tempo*, Marília, v. 8, set. 2009, pp. 55 - 68.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-405.
- TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Revista de Estudos Jurídicos da PUC-PR*, v. 4, n. 1, ago. 1997, pp. 101-114.

- TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 377, 2005, pp. 241-242.
- TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e proteção das vulnerabilidades. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan -mar. 2016, pp. 6-8
- TEPEDINO, Gustavo. *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, v. 60, n.3, set.-dez. 2015, pp. 367-382.
- TIBURCIO, Carmen. Cláusulas compromissórias em contratos de adesão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 44, out.-dez. 2010, pp. 3-17.
- TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, out. 2008, pp. 11-28.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 1.7ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- VASCONCELOS, Fernando A.; MAIA, Maurilio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Hernan Benjamin. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 25, v. 103, jan.-fev. 2016, pp. 243-271.
- VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A autonomia da vontade no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 791, set. 2001, pp. 31-64.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
- WALD, Arnoldo. Do contrato de adesão no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 17, n. 66, abr.-jun. 1980, pp. 257-266.
- WERNER, José Guilherme Vasi. Adesão, abusividade e vulnerabilidade: uma vinculação necessária? In: LEAL, Fernando (org.). *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 14, out.-dez. 2017, pp. 75-98.

#### Como citar:

GUIMARÃES, Vynicius Pereira. O dano direto e o dano reflexo nas violências de gênero em contexto de violência doméstica e seus efeitos para a responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/rede>>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

31.8.2023

Aprovado em:

10.12.2023