

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**ANA CAROLINA TRINDADE SOARES**

**A PROTEÇÃO DO CONTRATANTE VULNERÁVEL:  
ESTUDO EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**Maceió/Alagoas  
2008**

ANA CAROLINA TRINDADE SOARES

**A PROTEÇÃO DO CONTRATANTE VULNERÁVEL:  
ESTUDO EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo

Maceió/Alagoas  
2008

**Catálogo na fonte**  
**Universidade Federal de Alagoas**  
**Biblioteca Central**  
**Divisão de Tratamento Técnico**  
**Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos**

S676p Soares, Ana Carolina Trindade.  
A proteção do contratante vulnerável : estudo em uma perspectiva civil-constitucional / Ana Carolina Trindade Soares. – Maceió, 2008.  
122 f.

Orientador: Paulo Luiz Netto Lôbo.  
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2008.

Bibliografia: f. 115-122.

1. Direito civil. 2. Igualdade. 3. Solidariedade. 4. Contratos. 5. Dignidade humana.  
I Título.

CDU: 347.41/43

ANA CAROLINA TRINDADE SOARES

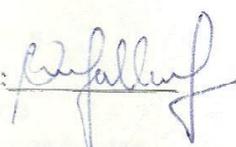
**A PROTEÇÃO DO CONTRATANTE VULNERÁVEL:  
ESTUDO EM UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

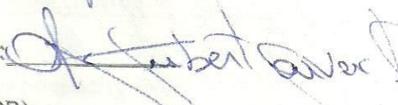
Orientador: Professor Doutor Paulo Luiz Netto Lôbo

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

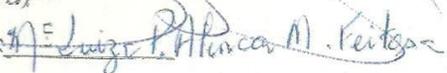
Prof. Dr. Querino Mallmann (UFAL)

Julgamento: Conceito "A" Assinatura: 

Profa. Dra. Olga Jubert Gouveia Krell (UFAL)

Julgamento: Conceito "A" Assinatura: 

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (UFPB)

Julgamento: Conceito "A" Assinatura: 

Menção Geral: "Aprovada com distinção"

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior.

Maceió/AL, 08 de agosto de 2008.

Aos meus pais e à minha irmã.

## AGRADECIMENTOS

A Deus.

À minha família, por tudo.

Ao Professor Paulo Lôbo, pela amizade, e pelo privilégio de sua orientação.

Aos Professores do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas.

À amiga e grande incentivadora, Giovanna Codá, Assistente Administrativa do Curso de Mestrado em Direito da UFAL.

Aos amigos do Mestrado, Adriano Luis e Lígia Carneiro, que tornaram esses dois anos mais divertidos; à Danielle Echaiz, pelas valiosas aulas ministradas no caminho entre a Serraria e a UFAL.

À Joyce Araújo, pelo incentivo e apoio na seleção do Curso de Mestrado.

Aos amigos da Procuradoria da República em Alagoas, especialmente, a Lívia SCALA, pelo grande apoio e torcida durante todo esse período; a Regina Celle, Vanessa Guimarães, Luciene Barroso, Danielle Feitosa, amigas que tornam os dias de trabalho mais agradáveis; a Vera Loide, pelas pesquisas bibliográficas imprescindíveis para a conclusão deste estudo; e ao Bruno Lamenha, *um chato de galochas que me dá muitas alegrias*, e que está *junto, mesmo na distância!*

À amiga de todas as horas Paula Afoncina, a quem agradeço pelas releituras deste trabalho e por não medir esforços para ser a *amiga de todas as horas*.

À amiga Annie Ivy, por mais um *abstract*.

Aos amigos, Aline Carvalho, Carla Louise, Clarice Pereira, Daniel Medeiros, Elder Soares, Jamilly Reis, Kelly Barros, Nicolle Januzi, Tainá Justino, Thaíse Saraiva e Thereza Xavier, grandes torcedores. Agradeço a Deus por tê-los em minha vida!

## RESUMO

O trabalho aborda a problemática da proteção ao contratante vulnerável, com vistas a apresentar os fundamentos para o tratamento jurídico que lhe é ofertado. Inicia-se pelo estudo das principais transformações pelas quais tem passado o Estado Moderno e suas influências na compreensão do direito, e, notadamente, do direito dos contratos. Examina as bases teóricas do Estado liberal, e a compreensão dos contratos no contexto da ordem jurídica por ele fundada, para, em seguida, demonstrar a insuficiência desse modelo diante da desigualdade existente entre os contratantes, e a necessidade de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais. A partir daí, insere-se a teoria dos contratos no Estado Social, tratando, mais especificamente, da repersonalização do Direito Civil e da relevância da constitucionalização do direito contratual. Com base nesses fundamentos teóricos, o trabalho, então, direciona-se ao estudo das principais mudanças da teoria dos contratos, que passou da irrestrita prevalência da autonomia da vontade ao reconhecimento da vulnerabilidade de um dos contratantes, como instrumento de equilíbrio da relação. Analisados os elementos que justificam o tratamento diferenciado a determinados contratantes, procede-se a um estudo sistemático do princípio da vulnerabilidade na legislação infraconstitucional, demonstrando-se a natureza da presunção legal de vulnerabilidade, bem como a necessária distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência, sempre com a preocupação de examinar as implicações práticas resultantes de tais distinções, associando-as à estrutura legislativa de defesa do contratante vulnerável. Por fim, o trabalho busca demonstrar os fundamentos constitucionais da proteção ao contratante vulnerável, e os seus reflexos no tratamento jurídico das relações contratuais na atualidade.

**Palavras-Chave:** Estado liberal, Estado social, contratos, autonomia da vontade, vulnerabilidade, hipossuficiência, ordem econômica, dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade.

## ABSTRACT

This work addresses the problem of protecting the vulnerable party to contract, aiming to present the grounds for his legal treatment. It begins with the study of the main transformations, which have affected the Modern State and their influence on the understanding of the Law, particularly in Contract Law. It analyzes the theoretical foundations of the Liberal State and the comprehension of contracts in the context of the legal order they have created and then, show the failure of this model in the presence of inequality between the parties to a contract, and the necessity of State's intervention in the economy and in the social relationships. Since then, starts a study of the Contracts theory in the Social State, dealing more specifically with the movement in the Civil Law that leaves behind the individual's mere consideration to understand it from his perspective of person, and the relevance of the constitutionalization of the Contract Law. Based on these theoretical grounds the work is directed to the study of the major changes in the Contracts theory, which has left the idea of unrestricted prevalence of freedom of choice to recognize the vulnerability of one of the parties to a contract as the relationship's balance instrument. After considering the elements that justify a different treatment to certain parties to a contract, a systematic study over the vulnerability principle in the statutory law is carried out, showing the nature of the vulnerability's legal presumption, as well as the necessary distinction between vulnerability and defenselessness, always worried about examining the practical implications resulting from such distinctions, linking them on the legislative structure which defends the vulnerable party to contract. Finally, this work intends to demonstrate the constitutional foundations for the protection of the vulnerable party to contract and its reflections on the legal treatment of the contractual relationships nowadays.

**Keywords:** Liberal State, Social State, Contracts, freedom of choice, vulnerability, defenselessness, economical order, dignity of the human person, equality, solidarity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO E DO ESTADO .....</b>	<b>12</b>
1.0. Considerações Iniciais. ....	12
1.1. A necessidade de salvaguarda da liberdade como garantia dos direitos individuais contra o Estado. ....	14
1.2. O perfil do Direito no Estado liberal: a interpretação e a aplicação como operações meramente formais. ....	17
1.3. A insuficiência do modelo liberal diante da desigualdade material entre os indivíduos. A necessidade de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais. ....	20
1.4. O direito contratual no Estado Liberal. O Código Civil como <i>locus</i> normativo dos contratos privados e o dogma da completude. ....	25
1.5. Inserção da teoria dos contratos no Estado Social. A repersonalização do direito civil e sua influência na teoria dos contratos. A mudança de paradigma da legislação contratual. ....	30
1.6. A constitucionalização do direito dos contratos: sua relevância no conjunto normativo diante da primazia constitucional. ....	36
<b>CAPÍTULO II – DA IRRESTRITA PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE AO RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE CONTRATUAL .....</b>	<b>44</b>
2.1. A necessidade de introdução de novos princípios contratuais diante da real desigualdade entre os contratantes. ....	44
2.2. A autonomia da vontade e os novos princípios contratuais: reação aos excessos decorrentes da absolutização da força jurígena da vontade individual. ....	48
2.3. O reconhecimento da vulnerabilidade como instrumento de equilíbrio da relação contratual. A compreensão jurídica de vulnerabilidade. ....	51

2.4. Elementos de vulneração de uma parte contratual: por que um dos contraentes carece de proteção? Algumas considerações iniciais. ....	56
2.4.1. Uma análise dos elementos de vulneração de uma parte contratual: estudo com base nos contratos de adesão comuns e nos contratos de consumo. ....	58
<b>CAPÍTULO III – ESTUDO SISTEMÁTICO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL .....</b>	<b>68</b>
3.1. A discussão em torno da natureza da presunção legal de vulnerabilidade. ....	68
3.2. A necessária distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. ....	76
3.3. A estrutura legislativa de proteção ao contratante vulnerável e as espécies de vulnerabilidade: os principais direitos e garantias previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. ....	82
3.3.1. Vulnerabilidade técnica. ....	84
3.3.2. Vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade econômica. ....	87
<b>CAPÍTULO IV – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DO CONTRATANTE VULNERÁVEL .....</b>	<b>91</b>
4.1. A submissão dos contratos à normativa constitucional. ....	91
4.2. A aplicação dos princípios da ordem econômica às relações jurídicas contratuais: o contrato como instrumento da atividade econômica. ....	94
4.2.1. Ordem econômica: livre iniciativa, dignidade da pessoa humana e justiça social. ....	97
4.2.2. A defesa do consumidor: direito fundamental e princípio da ordem econômica. ....	101
4.3. A proteção do contratante vulnerável como concretização do princípio da igualdade material. ....	105
4.4. O princípio da solidariedade e seus reflexos na proteção ao contratante vulnerável. ....	107
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>111</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>115</b>

## INTRODUÇÃO

A regulamentação jurídica dos contratos espelha as tendências econômicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época, convocando ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica.

Nesse contexto, o estudo da ordem jurídica contemporânea não se concebe dissociado da análise das principais mudanças que marcaram o Estado Moderno, uma vez que estas influenciaram fortemente a compreensão do direito.

Sem olvidar das distintas classificações que vêm sendo elaboradas acerca da concepção de Estado<sup>1</sup>, dominantes em determinado período histórico, o presente trabalho vai tratar mais especificamente dos postulados perpetrados pelo Estado liberal e pelo Estado social, denotando as principais transformações que este último vem inserindo no ordenamento jurídico, e, especialmente, no direito dos contratos.

No ambiente interprivado, esse novo tratamento imposto pelos ditames do Estado social aos variados institutos jurídicos destaca-se por disciplinar as relações entre os indivíduos concretamente considerados, não mais se conciliando com a perspectiva segundo a qual o direito civil somente se destinava ao indivíduo abstrato, “participe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal”<sup>2</sup>.

O exame da teoria contratual na atualidade revela que as relações contratuais tornaram-se cada vez mais sofisticadas. A contratação em massa propiciou o uso de condições gerais dos contratos, caracterizadas principalmente pela generalidade e predisposição unilateral, uniforme, abstrata e inalterável das disposições contratuais; complexidade técnica dos termos empregados; difícil cognoscibilidade do conteúdo; rapidez das transações; e necessidade dos destinatários.

Esse cenário passou a evidenciar que a lógica individualista e abstrata era incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas surgidos das reais desigualdades existentes entre os contratantes.

---

<sup>1</sup> Em **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, por exemplo, Paulo Bonavides faz uma distinção entre “Estado liberal”, “Estado socialista”, “Estado social” e “Estado social dos direitos fundamentais”.

<sup>2</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

Percebeu-se que a regulamentação jurídica clássica dos contratos não mais satisfazia os interesses da sociedade, pois a perspectiva meramente individualista e formal não enxergava a desigualdade de fato que se instaurava entre os indivíduos.

Não fosse isso, outro fator também teve influência nessa modificação da noção de contrato, pois se constatou que, para além dos efeitos produzidos com relação aos seus contraentes, qualquer contrato irradia efeitos na sociedade como um todo, não podendo ser tido como uma manifestação isolada do contexto social, haja vista a sua finalidade econômica.

Todavia, embora essas transformações no âmbito do contrato já tenham sido espelhadas na legislação em vigor, notadamente porque consagrados os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, e dos ditames da justiça social e da solidariedade na Constituição Federal de 1988, é recorrente a produção de julgados em que tais preceitos são desprezados pelo julgador, que ainda mantém o apego às bases e princípios característicos do Estado liberal, onde o patrimônio era a matriz de todos os institutos jurídicos, que dele não poderiam ser apartados, e onde os interesses estritamente individuais prevaleciam, em detrimento dos interesses sociais e das concretas necessidades dos indivíduos.

Não se percebeu, ainda, que “o paradigma do individualismo e do sujeito de direito abstrato foi substituído pelo da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana”<sup>3</sup>, notadamente no direito dos contratos, que impulsionou grande modificação de conteúdo e fins. A tarefa de interpretar a legislação contratual, e bem assim toda a ordem jurídica, não se concebe, desse modo, em descompasso com as normas constitucionais.

Essa mudança de foco, que teve grande influência no direito contratual, refletiu-se nitidamente no reconhecimento de que em determinados contratos uma das partes é vulnerável.

Reconhece-se, portanto, que nem todos os relacionamentos contratuais perfazem-se entre contratantes efetivamente livres e em situação de igualdade, como outrora se defendia. Diante dessa constatação, e com vistas a realizar os preceitos constitucionais que fundam a proteção ao contratante vulnerável, inseriu-se no ordenamento jurídico um conjunto de normas cujo objeto é a oferta de um tratamento jurídico diferenciado a determinadas categorias de contratantes, a fim de que se perfaçam relações contratuais equânimes.

---

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 03.

Muito embora se reconheça que a vulnerabilidade de um dos contratantes é fundamento para a edição de normas jurídicas de diversas ordens, tal como ocorre com a legislação de defesa do trabalhador, do inquilino, e do consumidor, por exemplo, o presente trabalho tratará mais detidamente do estudo dos contratos de adesão comuns, regulados pelo Código Civil, e dos contratos em geral regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, não olvidando, contudo, de que as bases constitucionais que serão analisadas aplicam-se à proteção de todos os contratantes vulneráveis.

Ancorado no exame desses contratos, o estudo objetiva analisar os fundamentos da defesa ofertada ao contratante vulnerável, a fim de justificar a proteção jurídica que lhe é conferida. A partir disso, intenta-se um estudo sistemático do princípio da vulnerabilidade na legislação infraconstitucional, para demonstrar a natureza da presunção legal de vulnerabilidade, distinguindo-a do conceito de hipossuficiência e, sobretudo, procedendo a uma análise dos efeitos práticos dessas distinções, e do seu tratamento jurisprudencial.

É à luz de uma perspectiva civil-constitucional que se pretende demonstrar as modificações por que passaram os contratos, sempre com uma análise voltada aos fundamentos da proteção ao contratante vulnerável e às bases fáticas e jurídicas que fundam o tratamento jurídico diferenciado que lhe é oferecido.

## CAPÍTULO I

### A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO E DO ESTADO

1.0. Considerações Iniciais. 1.1. A necessidade de salvaguarda da liberdade como garantia dos direitos individuais contra o Estado. 1.2. O perfil do Direito no Estado liberal: a interpretação e a aplicação como operações meramente formais. 1.3. A insuficiência do modelo liberal diante da desigualdade material entre os indivíduos. A necessidade de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais. 1.4. O direito contratual no Estado Liberal. O Código Civil como *locus* normativo dos contratos privados e o dogma da completude. 1.5. Inserção da teoria dos contratos no Estado Social. A repersonalização do direito civil e sua influência na teoria dos contratos. A mudança de paradigma da legislação contratual. 1.6. A constitucionalização do direito dos contratos: sua relevância no conjunto normativo diante da primazia constitucional.

#### 1.0. Considerações Iniciais.

As transformações pelas quais vem passando o Estado Moderno, marcado pelas noções de racionalidade e laicização, influenciam diretamente a compreensão do ordenamento jurídico, impondo um reexame do papel do Direito na realidade social, sem o que se opera um evidente distanciamento entre Direito e realidade.

Através da teoria liberal burguesa, a fonte do direito deixou de ser a palavra absoluta do príncipe, instaurando-se um *estado de lei*: o liberalismo burguês trouxe “a proposta de substituição do ‘domínio de lei’ em lugar da decadente idolatria absolutista”<sup>4</sup>.

Esse domínio da lei é caracterizado por uma compreensão meramente formalista do direito, através da qual a precisão das disposições legais se constituía em um meio de evitar o campo de ação do Estado na aplicação das leis, limitando o poder de interpretação ao máximo possível.

---

<sup>4</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**. n. 11. Recife, 2000, p.131.

E tal se justificava pelo fato de que a teoria liberal surgiu como uma forma de desate das amarras do Estado absolutista, de desconcentração do poder, e de proteção da liberdade dos indivíduos contra o Estado.

Tais objetivos somente seriam conquistados se os indivíduos conhecessem exatamente os termos legais aos quais estavam vinculados; e tanto era assim, que, em caso de incerteza acerca das disposições legais, os julgadores deveriam recorrer à interpretação autêntica do legislador.

Nesse contexto, a lei era tida como expressão máxima do direito, como uma verdade preexistente que somente seria desvelada pelo juiz, através de uma mera operação lógico-formal, pela qual se examinava a correspondência entre “a descrição abstrata contida no texto da lei e as situações particulares”<sup>5</sup>, não se cogitando da possibilidade de sopesamento das razões ou dos bens jurídicos protegidos.

Ansiava-se pela previsibilidade da intervenção estatal, como garantia da propriedade e da liberdade individual, e, sobretudo, das relações de mercado, típicos ideais burgueses.

Para que fossem asseguradas tais pretensões, o papel do Estado resumia-se à auto-organização política, caracterizada pela divisão dos poderes, e pelo conseqüente controle do poder político.

A ascensão da burguesia, e, por conseguinte, a proteção de seus interesses, emoldurados nos direitos de propriedade e liberdade, impunham a configuração de um Estado abstencionista, intimamente relacionado às teorias econômicas do *laissez faire* e do *laissez passer*.

Não se cogitava da aferição das desigualdades que tal desenho do Estado, e, por conseqüência, do direito, ocasionavam no ambiente social. Liberdade, propriedade e igualdade perante a lei, eram concebidas como postulados que serviam para legitimar o modelo de Estado liberal, que, por sua vez, não mais se sustenta.

A preocupação suprema com a forma, com a pureza do mandamento legal e com a indiferença aos valores e aos dados da realidade está sendo suplantada pela introdução dos aspectos sociais no ordenamento jurídico, pela intervenção estatal na economia, pela

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255.

maior amplitude que se atribui ao direito de liberdade – agora não apenas restrito ao *ser proprietário* –, pela igualdade substancial.

Ultrapassa-se a concepção legalista de ordenamento jurídico como sistema estático, fazendo com que interpretação e aplicação do direito passem a ter uma maior correspondência com a realidade, superando-se o paradigma da mera subsunção lógica e da absoluta neutralidade do intérprete<sup>6</sup>.

Enquanto o direito do Estado liberal dependia basicamente do legislador<sup>7</sup>, o direito do Estado social impõe uma maior atuação do intérprete, a fim de que sejam realizadas as exigências materiais oriundas da ordem jurídica, sobretudo no que diz à teoria dos contratos, amplamente marcada pela mudança de paradigma que o texto constitucional impôs ao Direito Civil.

### **1.1. A necessidade de salvaguarda da liberdade como garantia dos direitos individuais contra o Estado.**

O Estado liberal foi inicialmente concebido como uma oposição ao absolutismo monárquico, instrumento de arbítrio e opressão aos direitos individuais: na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo, e o poder estatal era o maior inimigo da liberdade<sup>8</sup>.

Para os teóricos do liberalismo, era necessário proteger o indivíduo do Estado, garantindo-lhe um espaço onde pudesse fruir de plena liberdade.

Essa compreensão estritamente liberal de liberdade, como conjunto dos direitos individuais oponíveis ao Estado, surgiu a partir das grandes revoluções burguesas, sobretudo da Revolução Francesa de 1789.

---

<sup>6</sup> Apesar dessas transformações pelas quais vêm passando as bases hermenêuticas, é de se notar que o método lógico-dedutivo ainda vem sendo utilizado como forma de mascarar os verdadeiros fundamentos da decisão judicial, não tendo o intérprete se desvencilhado completamente do apego ao formalismo jurídico. Como bem destaca João Maurício Adeodato (**Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261), “parece até hoje permanecer a convicção, ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia”.

<sup>7</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 73.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

Tal concepção se distingue da que Mauro Barberis denomina de *preliberal*<sup>9</sup>, consubstanciada na garantia da liberdade pela lei e pelo Estado. Consideram-se o Estado e a legislação como as principais, senão as únicas, garantias da liberdade individual – um indivíduo “é livre de outros indivíduos para fazer o que se deve graças ao Estado e às suas leis: por fora dessas condições institucionais, se está continuamente exposto ao governo do homem sobre o homem, à fatalidade da dependência pessoal, à cega casualidade das relações de força”<sup>10</sup>.

Nessa perspectiva, partindo da concepção de que o estado de natureza é também um estado de igualdade, no qual ninguém tem mais do que qualquer outro, Locke o concebe como um “estado de perfeita liberdade”, em que todos os homens se acham naturalmente livres para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem<sup>11</sup>.

Segundo Locke, todos os homens estão naturalmente nesse estado, e nele permanecerão até que consintam em se tornar membros de alguma sociedade política.

Assim, Locke procede a uma distinção entre a liberdade natural do homem – que consiste em estar livre de qualquer poder superior na terra, tendo somente a lei da natureza como regra –, e a liberdade do homem na sociedade, pela qual este somente estaria submetido ao poder legislativo, que, por sua vez, se estabeleceria por consentimento da comunidade, pois a liberdade do homem sob um governo importaria em ter regras que são comuns a todos os membros da sociedade.

É nessa idéia de liberdade através da lei – consistente na única barreira autêntica ao poder do homem sobre o homem, tal qual se desenhara no denominado *estado de natureza* – que Locke compreende a liberdade do homem em sociedade.

Desta feita, cumpria ao Estado e às leis organizar a liberdade no campo social: “o Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos

<sup>9</sup> BARBERIS, Mauro. Libertad y Liberalismo. *Isonomía*. n. 16. Abril, 2002, p. 181. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>>. Acesso em: 20.05.2007.

<sup>10</sup> BARBERIS, Mauro. Libertad y Liberalismo. *Isonomía*. n. 16. Abril, 2002, p. 187. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>>. Acesso em: 20.05.2007. Tradução livre. Texto no idioma original: [...] *se es libre de otros individuos para hacer lo que se debe gracias al Estado y a sus leyes: por fuera de estas condiciones institucionales, se está continuamente expuesto al gobierno del hombre sobre el hombre, a la fatalidad de la dependencia personal, a la ciega causalidad de las relaciones de fuerza.*

<sup>11</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 217.

que o compõem”, constituindo-se no aparelho de que se servia o homem para alcançar, na sociedade, a realização de seus fins<sup>12</sup>.

Sem a pretensão de realizar incursões jusfilosóficas, o presente estudo revela-se como uma distinção entre as noções de liberdade garantida através das leis e do Estado, e de liberdade contra o Estado, tal qual concebida no Estado Liberal, onde o poder estatal passou a ser considerado como um “inimigo da liberdade”<sup>13</sup>.

Nesse plano, a ação estatal caracterizava-se pelo monopólio do poder, ao qual a classe burguesa buscava opor obstáculos, objetivando a salvaguarda da liberdade e da propriedade individuais contra a ingerência do Estado: “fazia-se mister contrapor à onipotência do rei um sistema infalível de garantias”<sup>14</sup>.

Era necessária, portanto, uma limitação do poder absoluto, que veio a consubstanciar-se na técnica da divisão dos poderes como forma de garantia do equilíbrio político e da liberdade individual.

Quanto menor fosse a presença do Estado nos atos da vida humana, maior era a esfera de liberdade do indivíduo (burguês). Os ideais burgueses somente poderiam consolidar-se diante de um Estado assentado no formalismo jurídico, “destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais”<sup>15</sup>.

A burguesia precisava de liberdade para desenvolver as suas atividades econômicas, e, por conseguinte, para conservar a propriedade. Impunha-se, assim, a configuração de um Estado abstencionista, adstrito a organizar-se politicamente, através de uma distribuição do poder entre titulares que não se confundiam.

Embora nos dias de hoje não mais se possa conceber essa separação dos poderes em termos absolutos, é relevante ressaltar que a descentralização do poder em muito contribuiu para a consolidação dos direitos humanos.

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40-41.

<sup>13</sup> BARBERIS, Mauro. Libertad y Liberalismo. **Isonomía**. n. 16. Abril, 2002, p. 186. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/isonomia.shtml>>. Acesso em: 20.05.2007. No mesmo sentido, Paulo Bonavides (**Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40).

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 68.

Conquanto tais direitos somente tenham se ampliado a partir da conformação do Estado social, onde a liberdade não mais se restringe à garantia da propriedade, e a igualdade deixa de ser tomada somente sob aspectos formais, a contenção do arbítrio do poder absoluto serviu para a proteção do indivíduo.

Esses direitos fundamentais passaram a ser concebidos como limites à atuação do Estado; eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo-se uma rígida fronteira entre o espaço do indivíduo e o espaço do Estado.

Nesse cenário, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade formal despontam como meios de proteção do indivíduo em sua relação com o Estado. Deles também decorriam a noção de autonomia da vontade como instrumento de disciplina das relações entre os sujeitos tidos como formalmente iguais, uma vez que o homem não era concreta e historicamente considerado, era “quase uma abstração metafísica”, não se cogitando dos seus anseios e necessidades reais<sup>16</sup>.

No plano econômico, almejava-se garantir a segurança e a previsibilidade das relações negociais, o Estado ausentava-se da esfera econômica e dos conflitos distributivos.

O direito, por sua vez, era concebido como um mecanismo de certeza e segurança de tais relações, pois se identificava estritamente com a lei, cuja aplicação deveria ser a mais previsível possível, haja vista que precedida de um raciocínio puramente lógico, através do qual os casos concretos eram subsumidos a comandos legais abstratos, numa verdadeira “sinonímia medular entre direito e lei”<sup>17</sup>.

## **1.2. O perfil do Direito no Estado liberal: a interpretação e a aplicação como operações meramente formais.**

O direito do Estado liberal coincide com a ascensão do positivismo jurídico<sup>18</sup>. À medida que era superada a idéia de direitos inatos e transcendentais, estes passam a ser

---

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28.

<sup>17</sup> VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificadorio Judicial. **Doxa**. n. 21, 1998, p. 483. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 03.04.2007.

<sup>18</sup> Frise-se que o presente trabalho não pretende apresentar um estudo acerca das vertentes do positivismo jurídico, mas apenas oferecer um panorama das principais características do Direito no Estado liberal. Ademais, importante observar que a atividade interpretativa se expressa de forma diversa de acordo com as diferentes concepções do positivismo.

abrigados pela ordem jurídica positiva, com fins de garantir a segurança das relações entre os indivíduos.

Através da perspectiva positivista, o direito é considerado como um fato: “um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural”<sup>19</sup>. Assim, o jurista deveria atuar com a objetividade e o distanciamento de um cientista, aplicando a lei jurídica às situações nela descritas<sup>20</sup>, estudando o direito da mesma forma que os cientistas estudavam a realidade natural, ou seja, abstendo-se de formar juízos de valor.

Tal compreensão do fenômeno jurídico é tributária da noção de cientificidade oriunda das ciências naturais; a norma jurídica era tratada como um objeto científico a ser conhecido, e o ordenamento jurídico era concebido a partir da idéia de completude<sup>21</sup>.

Disso decorria (e ainda decorre, haja vista que, não obstante tal percepção do fenômeno jurídico não mais se coadune com os anseios da sociedade – revelados pelos ditames do Estado social –, muitos juristas ainda mantêm o apego à forma) a concepção meramente formalista da interpretação jurídica, que oferta absoluta prevalência às formas, com base em uma operação meramente lógica, isto é, “aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás da forma e dos conflitos de interesse que se deve dirimir”<sup>22</sup>.

Propunha-se excluir da ciência do direito qualquer referência a sentido ou a valor, e isso se justificava pelo fato de que, como os positivistas objetivavam se distanciar das idéias jusnaturalistas, havia um receio em se fazer afirmações ou pressuposições que não pudessem ser objetivamente demonstradas.

A Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos são vertentes hermenêuticas que caracterizam esse período de “primazia da segurança formal”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 132.

<sup>20</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27.

<sup>21</sup> Importa salientar que o presente estudo não se aparta da idéia de direito como ciência, mas intenta apresentar os problemas de sua identificação com as ciências naturais.

<sup>22</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 71-72.

<sup>23</sup> NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 357.

Como sintetiza Marcelo Neves, esses modelos constituem uma forma de interpretação que se pode denominar, semioticamente, de sintático-semântica, uma vez que enfatiza as conexões sintáticas entre os termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a univocidade dos mesmos. Partia-se da precisão denotativa e conotativa da linguagem legal: “os problemas semânticos estariam subordinados aos sintáticos, na medida em que a articulação lógica e sistemática entre signos legais ou conceitos normativos possibilitaria a subsunção do caso à hipótese legal pré-delineada”<sup>24</sup>.

Para os exegetas, o direito se resumia à lei, tida como expressão precisa da intenção do legislador. Aqui, a interpretação e a aplicação eram confiadas a uma razão judicial asséptica, que mediante um elementar mecanismo de subsunção remetia sem dificuldades a lei ao caso<sup>25</sup>.

O valor decisivo e central deste modelo era a segurança jurídica, consubstanciada na previsibilidade das decisões, em uma resposta antecipada para cada problema concreto. A interpretação circunscrevia-se, assim, na reconstrução, com fidelidade, da vontade do legislador.

Também sob o prisma da atividade interpretativa como operação lógica, só que desta feita partindo da idéia de subsunção da matéria de fato a conceitos jurídicos, a Jurisprudência dos Conceitos “concebe o ordenamento jurídico como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo, assim, o «primado da lógica» no trabalho juscientífico”<sup>26</sup>.

O direito era concebido a partir de um pensamento conceitual formal, em que as proposições jurídicas singulares que o constituíam encontravam-se interligadas por um nexó lógico entre conceitos, que precisavam ser reconhecidos entre si como condicionantes e derivantes, e tudo através do sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas.

Exigia-se, pois, que o intérprete se colocasse no lugar do legislador e executasse o seu pensamento, perseguindo as circunstâncias jurídicas e os fins considerados ao tempo da edição da lei.

---

<sup>24</sup> NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 357-358.

<sup>25</sup> VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificatorio Judicial. **Doxa**. n. 21, 1998, p. 483. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 03.04.2007.

<sup>26</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 64.

Mais além disso, propunha-se que a interpretação tivesse também a missão de extrair o verdadeiro pensamento do legislador, e “não apenas ajustar à expressão insuficiente da lei o sentido realmente pensado pelo legislador, mas ainda «imaginar» o pensamento que o legislador não pensou até ao fim”, ou seja, não se devia manter somente no plano da sua vontade empírica, mas conhecer a sua vontade racional, que deveria ser extraída das palavras da lei, a fim de que se atingisse “o verdadeiro pensamento do Direito no seu todo”, numa unidade de sentido objetiva<sup>27</sup>.

Diante disso, caberia ao intérprete desvelar o único sentido juridicamente possível dos termos legais, a aplicação apropriada das normas jurídicas, a única decisão correta; o que, por sua vez, era viabilizado pela “precisão denotativa e conotativa da linguagem legal”<sup>28</sup>, que permitia atingir o sentido essencial dos termos e expressões jurídicas.

O conteúdo da determinação jurídica era extraído, portanto, da vontade do legislador, das palavras da lei, segundo o seu sentido lógico e gramatical, que deveria ser reproduzido pelo intérprete/aplicador.

Sob esse prisma, o direito do Estado liberal servia para garantir a segurança das relações entre os indivíduos, especialmente com base nos direitos de liberdade individual e propriedade. Para tanto, partia-se da idéia de pré-determinação dos textos normativos, de interpretação como tarefa meramente objetiva e formal, destacada pela plena neutralidade do intérprete<sup>29</sup>.

### **1.3. A insuficiência do modelo liberal diante da desigualdade material entre os indivíduos. A necessidade de intervenção do Estado na economia e nas relações sociais.**

Consoante já restou assinalado, embora o modelo de Estado liberal tenha contribuído para a garantia dos direitos de liberdade e igualdade dos indivíduos, a feição

---

<sup>27</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 36-37.

<sup>28</sup> NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.) 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 358.

<sup>29</sup> Advirta-se que essa postura hermenêutica ainda vigora em grande medida em nosso país, não obstante a Carta Constitucional de 1988 – precedida, no que toca ao perfil econômico-social, pelas Constituições de 1934 e 1946 – tenha perpetrado uma verdadeira mudança de paradigma hermenêutico, consoante se analisará ao longo deste estudo.

meramente formal de tais direitos traduziu-se em verdadeira desigualdade social, refletida principalmente na prevalência da vontade dos mais fortes.

Enquanto a liberdade era concebida apenas como forma de desligamento das amarras estatais, como liberdade de mercado e de propriedade; e a igualdade restringia-se à percepção de tratamento igualitário perante a lei, desenvolvia-se uma sociedade massificada, materialmente desigual, carente de direitos que consagrassem os anseios sociais, e não apenas as pretensões do indivíduo proprietário.

Percebeu-se, então, menos por iniciativa do próprio Estado e mais por exigência da sociedade, que não bastava simplesmente a garantia de direitos individuais, pois era também necessária a garantia de condições mínimas de existência para cada ser humano e para as suas relações com a sociedade.

O foco deixa de ser apenas o indivíduo e passa a ser o todo social, do qual o indivíduo faz parte, e no qual se relaciona.

O Estado passa a ter como valores supremos o “homem-pessoa” ( $\neq$  homem-indivíduo) e a sociedade, tudo indissolavelmente vinculado a uma “concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade”<sup>30</sup>.

A liberdade individual e a propriedade passam a ser subordinadas ao interesse social ou coletivo, sem significar, contudo, um *totalitarismo* dos aspectos coletivos e sociais em detrimento do indivíduo, como têm entendido, com exagero, alguns autores<sup>31</sup>; mas significando uma forma de harmonizar interesses individuais e sociais/coletivos.

Assim, o Estado social não significa apenas a inserção dos direitos sociais no ordenamento constitucional, mas que todos os demais direitos devem ser entendidos sob a ótica social, a fim de que se assegure um equilíbrio na relação entre os indivíduos, e entre estes e a sociedade.

Para que esse equilíbrio seja atingido, o Estado passa a intervir nas relações sociais, econômicas, e, inclusive, nas relações que *a priori* pareçam ter repercussões meramente individuais – tal como ocorre nos contratos, por exemplo.

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 368.

<sup>31</sup> Daniel Sarmiento (**Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41), por exemplo, posiciona-se no sentido de que “se é certo que os excessos do individualismo egocêntrico do liberalismo tinham de ser podados, em prol de interesses da coletividade e em especial dos hipossuficientes, não é menos certo que a afirmação da superioridade do coletivo sobre o individual – expressão de uma concepção organicista da sociedade, na qual a pessoa humana, como parte, fica subordinada aos interesses do todo – representa a ante-sala para o totalitarismo”.

Ao contrário do que verberam os defensores do capitalismo denominado *neoliberal*, essa intervenção do Estado nos aspectos sociais e econômicos não possui caráter paternalista, não se constituindo em uma proteção em excesso, ou na geração de parasitas sociais, mas possui o objetivo primordial de concretizar o princípio da igualdade em sua essência, fazendo com que as relações entre os indivíduos se perfaçam de forma equânime, oferecendo uma superioridade jurídica àqueles que são inferiores de fato, como, por exemplo, os trabalhadores e os consumidores.

O Estado social se constitui, assim, em um Estado interventor, plasmado na promoção da justiça social e da igualdade substantiva.

Esse modelo de atuação estatal firmou-se no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1934, que foi seguida pelas demais Constituições promulgadas de 1946 e 1988, quando o texto constitucional passou a catalogar determinadas categorias de direitos nos quais é prevalecente o caráter social sobre o individual, onde são impostas ao Estado prestações positivas, objetivando acrescer aos direitos fundamentais de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade e igualdade formal) os ditames do desenvolvimento e da justiça social.

Nesse contexto, dilata-se o âmbito de ingerência do Estado, que passa a intervir em esferas das quais se abstinha, sendo exemplo clássico o direito de propriedade (tido como materializador da riqueza e proclamado como fundamento da liberdade dos indivíduos), que sai do campo de interesses puramente individuais e assume ampla função social, largamente regulada pela Constituição.

Assim, interesses que eram tidos como intangíveis, e sem nenhum reflexo para a sociedade, passam a ser disciplinados pela Constituição, que unificou em torno de si todo o complexo material de normas que compõe a ordem jurídica.

Para além disso, é de se destacar a incorporação pelo texto constitucional de uma nova dimensão de direitos fundamentais, caracterizada pelo redimensionamento da titularidade de tais direitos, que, de eminentemente vinculados aos sujeitos, passam a abarcar determinados grupos, numa verdadeira mudança de paradigma, onde prevalecem os direitos de solidariedade, que somente vieram a ser plenamente consolidados no Brasil com a Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, de intervenção estatal em busca da igualdade material baseada nos preceitos de solidariedade, o Direito Civil – até então marcado pelo pensamento

liberal e pela idéia de sistema fechado, porque concentrado em uma codificação, que oferecia estabilidade jurídica a uma economia de mercado desvinculada do aspecto social – não conseguia mais dar respostas aos novos anseios da sociedade, principalmente após a Revolução Industrial, geradora de uma cultura massificada, com grande circulação de bens e serviços, que não se resumiam, como outrora, à propriedade clássica objeto primordial da codificação.

Notou-se, então, que os valores desta sociedade não mais se identificavam com aqueles difundidos pelo direito do Estado liberal, ao revés, são sobrepostos pelos ditames do Estado social, onde prevalecem os princípios da função social, da boa-fé objetiva, do equilíbrio e da igualdade material, perdendo coloração os postulados da autonomia da vontade e da igualdade meramente formal.

Por outro lado, cogita-se, atualmente, da configuração de um Estado pós-social, caracterizado pela subsidiariedade da atuação estatal<sup>32</sup>, e pela disseminação do poder pela sociedade, diminuindo horizontalmente o papel do Estado<sup>33</sup>.

Mais especificamente, esse modelo de Estado se caracterizaria pela restituição à iniciativa privada do exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e da busca de parcerias para a prestação de serviços públicos.

Tal formulação advém da denominada *crise do Estado social*, e remonta aos defensores do neoliberalismo. Contudo, é de se observar que tais circunstâncias não são suficientes para que se permita concluir por um esfacelamento do Estado social no Brasil.

Conquanto nos últimos tempos governos conclamados neoliberais tenham deflagrado uma série de privatizações, isto não significa que a feição jurídica do Estado tenha perdido o seu perfil intervencionista.

Não obstante as privatizações, o poder de intervenção estatal na atividade econômica subsiste. O Estado não pode se eximir de fiscalizar a atividade privada e intervir em sua atuação para adequá-la aos ditames da justiça social.

O art. 170, da Constituição Federal, que regula a Ordem Econômica e Financeira, estabelecendo os princípios que regem a atividade econômica, permanece

---

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 51.

<sup>33</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**. n. 82. ano XX. Abr/Jun., 1987, p. 44.

inalterado. Seu conteúdo normativo impõe como finalidade da ordem econômica a garantia a todos de uma existência digna, observadas a função da social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca pelo pleno emprego. No art. 174, o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

De ver-se, portanto, que a chamada crise do Estado social situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (na falta de implementação de políticas públicas, na ineficiência do Estado para a promoção das exigências da coletividade, na desigualdade real que ainda persiste; enfim, e infelizmente, na falta de efetividade dos direitos sociais), não se estendendo à feição jurídica do Estado social e a toda a base principiológica por ele instaurada.

Impende concluir, portanto, que a ordem jurídica brasileira continua sendo regida pelos preceitos sociais, adequando-se perfeitamente à compreensão de Estado social, que “se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas”, de modo que as “Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado liberal”<sup>34</sup>.

Os postulados do Estado social impõem uma nova forma de compreensão da ordem jurídica, agora pautada através da promoção da justiça social, da garantia da dignidade da pessoa humana, da igualdade material – e não somente da proclamação erística da igualdade –, da solidariedade (concebida não apenas como preceito ético, mas como imposição legal de cooperação de uns com os outros), da introdução de aspectos axiológicos, e da superação dos rigores do formalismo tradicional.

Com isso, a interpretação e a aplicação do Direito ganham novos contornos, opondo-se à estrita observância do modelo lógico-dedutivo, e incorporando as teorias anti-formalistas, que ascenderam a partir do século XIX, fazendo com que esses dois momentos do fenômeno jurídico passassem a ter uma maior correspondência com a realidade: abstração e formalismo dão lugar à concretude, ao exame das situações jurídicas além da simples subsunção lógica.

Percebeu-se, então, que as novas demandas sociais, extremamente complexas e empiricamente insolúveis através do simples recurso à subsunção, “impunham uma

---

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 42. São Paulo: RT, abr./jun., 2002, p. 187.

concepção substantiva de justiça”<sup>35</sup>, inatingível através da compreensão formalista do fenômeno jurídico.

Como bem observa Paulo Bonavides<sup>36</sup>, o Direito passa a instaurar-se sobre outras bases, que não são as do individualismo minguate, mas as da socialização ascendente e que trouxe à altura constitucional os direitos fundamentais da segunda dimensão, requerendo o alargamento e a renovação de todo o instrumental interpretativo, buscando o direito nas suas raízes sociais.

#### **1.4. O direito contratual no Estado Liberal. O Código Civil como *locus* normativo dos contratos privados e o dogma da completude.**

O estudo do Direito não pode se afastar de uma análise da sociedade e do indivíduo nela historicamente inserido, “de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”<sup>37</sup>, sob pena de se conceber um direito imutável, eterno, a-histórico, e separado da realidade que o circunda.

Dessa percepção igualmente não pode prescindir o estudo do direito dos contratos, havendo, pois, a necessidade de contextualizá-lo às mutações históricas consideradas relevantes para a sociedade, rompendo-se com o caráter absoluto outrora atribuído aos institutos jurídicos.

A compreensão de contrato sempre esteve relacionada ao acordo de vontades necessário para a sua formação, reduzindo-o a uma categoria geral e abstrata, regida pelas regras da lógica formal. O conjunto das idéias dominantes no liberalismo constituiu-se em matriz da concepção do contrato como consenso e “da vontade como fonte dos efeitos jurídicos, refletindo-se nessa idealização o contexto individualista do jusnaturalismo, principalmente na superestimação do papel do indivíduo”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 20.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 9 e 19.

<sup>37</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01.

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 06.

Nesse cenário sócio-econômico gerido pelo princípio do *laissez faire*, o interesse público consistia em deixar os operadores econômicos livres para agir e para contratar. Abstratamente considerados, os indivíduos participavam de relações contratuais fundadas em uma igualdade meramente formal: refletindo um projeto político de índole burguesa, a codificação civil apreende este indivíduo como titular de vontade e garante-lhe proteção patrimonial<sup>39</sup>.

Esse modelo, surgido no século XVIII e consolidado no século XIX, baseia-se no consensualismo, que, por sua vez, servirá de fundamento para a obrigatoriedade dos contratos, que passa a justificar-se pelo respeito ao que foi voluntária e igualmente (igualdade formal, repita-se) definido pelas partes contratantes.

O Código Civil de 1916 reflete essa concepção, ao elevar a vontade ao cerne do contrato, o que resulta no desenvolvimento de teorias em torno da autonomia da vontade, da irrestrita obrigatoriedade dos contratos e da proibição de ingerências externas ao seu conteúdo. Partia-se do pressuposto de que as partes, livres e iguais que eram, deveriam respeitar a palavra dada, o que justificava o dever de cumprimento das obrigações pactuadas, independentemente do conteúdo do pacto, e a formulação de normas jurídicas que assegurassem a obrigatoriedade dos contratos.

A disciplina jurídica somente servia para assegurar o respeito às regras do jogo. Como as partes eram livres para fixar o conteúdo do contrato<sup>40</sup>, o ordenamento jurídico não interferia para corrigir qualquer desproporção eventualmente pactuada. Tratavam-se, no dizer de Enzo Roppo, “de regras de procedimento e não tanto de regras de substância, atinentes mais ao exterior que ao interior da relação contratual”<sup>41</sup>. A preocupação do legislador e do aplicador da norma resumia-se a garantir a exatidão dos modos pelos quais se chegava à formação e à execução do contrato, pouco importando o seu conteúdo ou o controle do equilíbrio das prestações.

Partindo-se do pressuposto de que as partes podiam livremente discutir todas as condições contratuais, nos dissídios que acaso se formassem a missão do juiz era

---

<sup>39</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

<sup>40</sup> Observa Orlando Gomes (**Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 05/06) que a Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes, daí por que bastava o consentimento para obrigar. O acordo de vontades era concebido como a fonte do vínculo jurídico, e, por isso, defendia-se que o contrato tinha força de lei entre as partes.

<sup>41</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 224.

exclusivamente a de apurar a vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstrução<sup>42</sup>. Os contratos configuravam-se como uma espécie de “zona franca”<sup>43</sup> das prescrições dos poderes públicos, mostrando-se como domínio incontrolável da vontade dos contratantes, haja vista ser concebido como instrumento da autonomia privada.

Assim, o tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial do contrato limitava-se à explicação dos seus pressupostos e requisitos, formas de dissolução, nulidade e classificação. A vontade como cerne do contrato, aliada à crença na igualdade e liberdade dos contratantes, impõem que tanto o legislador quanto o juiz lhes devem fiel observância, não podendo intervir naquilo que foi pactuado entre as partes, haja vista ser decorrência de obrigações voluntariamente fixadas. Aqui, a lei somente teria a função de proteger a livre formação e manifestação do consentimento.

Ganham destaque as teorias da vontade como expressão suprema e inderrogável do indivíduo e de sua liberdade, de modo que o contrato passa a ser considerado fonte primordial das obrigações como e enquanto manifestação da vontade<sup>44</sup>.

A força obrigatória dos contratos decorria justamente dessa relevância atribuída à vontade. Se as partes eram iguais e livres para constituir suas obrigações de acordo com a sua vontade, não podiam furtar-se de cumpri-las. O contrato era, assim, a própria

---

<sup>42</sup> BESSONE, Darcy. **Do Contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 34.

<sup>43</sup> Expressão utilizada por Enzo Roppo (**O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 336). Salienta Roppo que o contrato, tido como eixo fundamental da sociedade liberal (baseado nos princípios da livre iniciativa individual, da concorrência no mercado e da procura ilimitada pelos lucros), torna-se a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas, e bem assim um elemento de sua legitimação. Destaca que toda uma série de teorias em torno à gênese, à natureza, ao ordenamento e ao funcionamento da sociedade, amadurecidas nos séculos XVII e XVIII, intitulavam-se de contratualismo, sendo comum aos filósofos deste período a idéia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso.

<sup>44</sup> COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 03. São Paulo: RT, set./dez., 1992, p. 130. Esclarece Judith Martins Costa (p. 132-133) que, para fundamentar a *força da vontade*, os adeptos da Teoria Subjetiva, ainda marcados pelo mais extremado voluntarismo, explicavam que esta provinha de si mesma, ou seja, o contrato obrigava pelo simples fato de ser ‘contrato’, vale dizer, consentimento. Já para os partidários da Teoria da Declaração, a força da vontade derivaria da lei e por isso ela teria o condão de criar normas ou preceitos. Divergem – ainda quanto a esse aspecto – as teorias da vontade e da declaração. Segundo a teoria da vontade (origem na França), esta é produtiva de obrigações por sua própria força. “Ocorrendo dissídio, o papel do juiz consiste, modestamente, em simples pesquisa da vontade real, preferindo-a à sua expressão material, se porventura não coincidirem” (BESSONE, Darcy. **Do Contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 36). Os propositores da teoria da declaração, de origem germânica, criticam a teoria da vontade defendendo que a vontade real é de caráter interno ou subjetivo. Assim, se a declaração não a revelar, a sua apuração teria de valer-se de meios inseguros e perigosos. Destacam que a vontade se constitui não apenas internamente, mas de momentos integrativos sucessivos, dos quais o último é a declaração. Defende Darcy Bessone (p. 37) que a verdadeira solução é a intermediária: se, em regra, é de preferir-se a vontade real, casos há em que, por conveniências sociais de segurança nas relações jurídicas, a vontade declarada deve prevalecer, porque, sendo a declaração o meio normal de revelação da vontade interna, não devem os que nela confiarem sofrer prejuízo pela divergência entre uma e outra. Segundo Bessone, a declaração não é uma das etapas do processo constitutivo da vontade, mas tão-somente a revelação ou expressão de uma vontade constituída internamente.

expressão da autonomia privada, reconhecendo às partes a liberdade de estipular o que lhes conviesse, e fornecendo eficácia jurídica às combinações de interesses.

As bases da força obrigatória dos contratos e, por conseguinte, da sua imutabilidade, obrigação de irrestrito cumprimento, e impermeabilidade a interferências exteriores, consubstanciavam-se na idéia de igualdade entre as partes e do contrato como decorrência da vontade livre dos contratantes. A ordem jurídica tinha como eixo a tutela subjetiva da vontade, o que, no ambiente do Estado social irá se deslocar para a tutela da confiança, da proteção do contratante vulnerável e da prevalência do princípio da solidariedade, conforme se verá adiante.

A ordenação jurídica de caracteres liberais resistia às tentativas de introdução de limites e de medidas destinados à proteção da parte contratualmente mais fraca. A obrigatoriedade de cumprimento das obrigações contratuais na forma como dispostas pelos contratantes não tolerava a intromissão do poder público.

À liberdade de contratar ou não, de definir com quem contratar e de determinar o conteúdo do contrato correspondia, como necessário contraponto, uma ilimitada responsabilidade pelos compromissos assim assumidos, “configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei”<sup>45</sup>.

Além de um fundamento ético, de cumprimento ao que fora contratado, o princípio do *pacta sunt servanda*, apresentava também uma relevância econômica, pois a obrigatoriedade de cumprimento dos compromissos assumidos contribuía para o desenvolvimento das operações de circulação de riqueza, o que permitia uma segurança e previsibilidade às operações econômicas.

A idéia de justiça que se extraía dessas relações decorria do fato de que o conteúdo dos contratos correspondia à vontade livre das partes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, “e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica*”<sup>46</sup>, de paridade de todos os cidadãos perante a lei. Liberdade e igualdade completavam-se reciprocamente, para resultar na concepção de que o dizer contratual correspondia ao dizer justo.

---

<sup>45</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 34.

<sup>46</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 35.

A máxima expressão do liberalismo e do individualismo contratual encontrava-se, pois, no dogma da autonomia da vontade. Em linhas gerais, as partes podiam definir por si, e não por imposição externa, as regras de sua própria conduta. Livres para obrigarem-se como quisessem, os sujeitos contratuais ligavam-se através de um vínculo rigoroso, consistente no nexa entre liberdade contratual e responsabilidade contratual.

Se o contrato possuía sua fonte na vontade concordante das partes, não se podia admitir, ao menos em regra, que uma delas pudesse unilateralmente subtrair-se aos seus comandos, o que consistiria em grave violação à segurança jurídica, sobretudo no pertinente à segurança das relações negociais.

Essa segurança também era buscada na idéia de codificação. Destinado a constituir uma disciplina tendencialmente completa das relações firmadas entre os particulares, o Código Civil era concebido como centro normativo dos contratos privados. Entendia-se que suas proposições, coerentemente organizadas, funcionavam como fator de segurança, já que a regulamentação dos contratos encontrava-se em somente um corpo normativo, sistemático e completo.

Pretensamente neutra e calcada em abstratas categorias jurídicas, a codificação civil destinava-se a ser impessoal, praticamente inatingível e com pretensões à perenidade: o Código Civil era o código do “homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal”, que serviu para emoldurar o sistema jurídico privado<sup>47</sup>, refletindo no distanciamento entre o direito e as situações de fato existentes na sociedade.

Como anota Judith Martins Costa, o fenômeno da codificação decorreu do específico conceito de igualdade (formal) gestado na Revolução Francesa, o que conduziu à criação de corpos organizados de leis destinados a regular em abstrato situações análogas, “parificando as soluções jurídicas com base no pressuposto de que, perante a lei, todos os cidadãos são iguais”<sup>48</sup>.

Nesse plano, diferentemente do Código Civil de 2002, no que pertine aos contratos a codificação civil de 1916 limitava-se a regulamentar as formas de manifestação da vontade e formação do vínculo contratual, nada dispendo acerca dos limites à liberdade de

---

<sup>47</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211.

<sup>48</sup> COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 03. São Paulo: RT, set./dez., 1992, p. 130-131.

contratar, da boa-fé que deve reger as relações entre as partes contratantes, ou da interpretação dos contratos; não tratando, aliás, da proteção do pólo contratual mais fraco.

O Código de 1916 espelhava, enfim, a visão jurídica preponderante à época (doutrinária, legislativa e jurisprudencial) acerca das relações entre particulares. Eminentemente patrimonialista e apartada da realidade social, a Lei Civil condicionava “um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo”; nela somente especulou-se “sobre os que têm, e se julgou o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, em uma relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica”<sup>49</sup>.

Sinteticamente, a codificação civil do Estado liberal resumia o conteúdo do direito dos contratos à liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contratantes, que, acreditava-se, relacionavam-se igualmente.

### **1.5. Inserção da teoria dos contratos no Estado Social. A repersonalização do direito civil e sua influência na teoria dos contratos. A mudança de paradigma da legislação contratual.**

A compreensão do contrato como expressão da liberdade individual e a idéia de que as partes contratantes eram iguais para dispor dos termos contratuais na medida de seus interesses, sem interferências exteriores, foi desenvolvida no contexto histórico do Estado liberal, sobretudo na fase do predomínio do capitalismo industrial da segunda metade do século XIX.

Contudo, conforme já se assinalou, o estudo do Direito, e aqui mais especificamente o estudo da teoria dos contratos, não pode estar apartado das transformações – econômicas, sociais e políticas – pelas quais vem passando a sociedade.

Embora a legislação e a jurisprudência não assimilem tais transformações de forma imediata, o que também ocorre com a doutrina, que muitas vezes peca por manter um apego a determinados institutos jurídicos os quais entende como absolutos, quando estes na realidade igualmente sofrem a inegável e inafastável influência dos contornos histórico-sociais, não se pode perder de vista que nas sociedades contemporâneas o contrato e o direito dos contratos apresentam-se diferentes de como se mostravam nos séculos XVIII e XIX.

---

<sup>49</sup>

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213-214.

Conquanto essas transformações sejam evidentes, muitos ainda têm dificuldade em captar o seu sentido e a sua dimensão real, ministrando à realidade atual soluções que não mais se aplicam, em uma manifesta desconsideração do processo histórico, o que “gera a dessimetria, a disfunção do direito, com respeito às realidades social e econômica que lhe são subjacentes”<sup>50</sup>.

A leitura da teoria dos contratos no Estado social afasta-se do modelo do voluntarismo jurídico projetado pelo liberalismo econômico e político, e busca compreender um novo modelo contratual moldado pelas idéias de solidariedade, de igualdade real e de intervenção do Estado nos contratos, outrora inatingíveis por fatores alheios à sacralizada vontade das partes.

Além da intervenção do Estado, o direito dos contratos depara-se atualmente com práticas contratuais cada vez mais distantes da autonomia privada tradicional, e da “presença paradigmática do cunho patrimonial nas relações jurídicas”<sup>51</sup>.

Na tentativa de se aproximar da realidade que o circunda, o Direito Civil “é chamado a desempenhar tarefas de proteção”<sup>52</sup>, a partir de diferenciações normativas tendentes a proporcionar tratamento jurídico distinto àqueles que se encontram em situações jurídicas distintas, rompendo com o paradigma individualista do sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, para atingir a pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais.

O ordenamento jurídico opta – embora lentamente – pelo personalismo, caracterizado pela superação do individualismo e da patrimonialidade como fim em si mesma. A tutela da dignidade da pessoa humana rompe com a concepção unitária de indivíduo e insere a pessoa no ambiente social.

Com isso, não se projeta a expulsão ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico, e, especialmente, no sistema civilístico, pois “o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”: o que se busca é

---

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O Contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 13. Nesse sentido, relevantes as observações de Enzo Roppo (**O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 296), ao destacar que, quando negam que as transformações dos contratos de fato se verificam e são profundas, as ideologias jurídicas de índole conservadora fingem que o contrato e o direito dos contratos são, hoje, substancialmente idênticos ao que eram no século XIX. Conclui que isso se deve a um tendencial tradicionalismo dos juristas, “com a sua relutância e a sua lentidão na tomada de consciência do que é novo”, o que deflui na incorreção de teorias e de determinados conceitos jurídicos.

<sup>51</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 204.

<sup>52</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

avaliar qualitativamente o momento econômico, com vistas a encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.<sup>53</sup> Assim, a tutela aos interesses patrimoniais é qualitativamente diversa e atenta aos valores existenciais.

A repersonalização do direito civil desafia o civilista a ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica, e, por meio dela, o seu patrimônio. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direito, que são mais que apenas titulares de bens. Restaura-se a primazia da pessoa humana, que nas relações civis passa a ser a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais<sup>54</sup>.

Esse processo de materialização repercute na forma como se vê o sujeito contratante e bem assim o conteúdo dos contratos, antes ofuscados pela importância que se atribuía à formação e à manifestação da vontade de contratar.

Quando a Constituição Federal de 1988 tutela o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, e impõe como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, o faz com referência ao sujeito de direito concreto, ao homem-pessoa, detentor de direitos e garantias constitucionalmente previstos, e não àquele sujeito de direito abstrato do sistema clássico.

Essa imposição constitucional refletiu no Código Civil de 2002, que espelha a preocupação do Constituinte em garantir a proteção dos interesses privados, conciliada aos interesses da sociedade e do indivíduo concretamente considerado.

Tal preocupação fica nítida, por exemplo, quando a legislação civil adota a função social do contrato como expresso limite à liberdade de contratar (Código Civil, art. 421), bem como quando determina que as cláusulas ambíguas ou contraditórias do contrato de adesão devem ser interpretadas de forma mais favorável ao aderente (art. 423), o que de pronto já evidencia a mudança de paradigma da legislação contratual, que sai da lógica individualista – manifestamente incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas desigualdades sociais – para examinar a produção de efeitos dos

---

<sup>53</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33. Perlingieri adverte para a necessidade de redefinição do centro do sistema e das modalidades teóricas de tal redefinição, anotando que a despatrimonialização do direito civil é o caminho para a reconstrução do sistema; “não é uma moda, mas uma escolha de política legislativa de alcance histórico. Um caminho ‘difícil’, mas ‘possível’, sobre o qual as convergências não podem ser só teóricas” (p. 66).

<sup>54</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. n. 141. Brasília: Senado Federal, jan./mar., 1999, p. 103.

contratos perante a sociedade, e bem assim para tutelar a parte mais fraca da relação contratual.

Não se trata de subordinar ou de opor o interesse individual ao interesse social, mas de conciliá-los, de buscar um ponto de equilíbrio, de reconhecer que as partes contratantes e, por conseguinte, os contratos, não compõem uma categoria homogênea e infensa à realidade social.

A partir desse reconhecimento, abandona-se a mera abstração para construir critérios de diferenciação aptos a solucionar os conflitos entre liberdade individual e solidariedade social, “abandonando-se a idéia de ordenar toda a matéria contratual em torno de um único e absoluto paradigma”<sup>55</sup>.

Embora se reconheça igualmente a dificuldade de definição desses critérios, haja vista ser impossível o emprego de parâmetros matemáticos e estáticos para a solução de qualquer problema jurídico, com efeito, “a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade”<sup>56</sup>. Assim, esses dois marcos que atualmente vêm sendo observados na teoria contratual devem ser entendidos mediante a idéia de complementariedade: “regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral”<sup>57</sup>, a fim de reduzir a desigualdade e possibilitar o livre desenvolvimento da pessoa.

Isso não significa uma negação da importância do conteúdo voluntarístico na constituição do contrato, muito menos uma absolutização do seu conteúdo social, mas um freio aos excessos provenientes da clássica força jurígena atribuída à intocável vontade individual.

Superando-se a idéia de absoluta e abstrata igualdade entre as partes contratantes, a autonomia da vontade e os demais princípios que em decorrência dela fundaram o modelo de contrato vigente sob a égide da codificação liberal não devem, portanto, ser anulados, mas relidos à luz dos pressupostos do Estado Social, que sem dúvida os modificam em aspectos essenciais.

---

<sup>55</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

<sup>56</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, ago-dez, 1999, p. 109.

<sup>57</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, ago-dez, 1999, p. 109.

Se antes o encontro de vontades bastava para que o contrato fosse formado e mantido sem quaisquer interferências alheias à vontade das partes, sendo bastante uma disciplina jurídica que garantisse a execução do contrato na forma como pactuado, porque gestado em um sistema econômico individualista e pouco dinâmico, no qual as disposições contratuais eram discutidas e conservavam certo caráter pessoal, esse disciplinamento jurídico não mais satisfaz as exigências da atual sociedade de massa.

A mudança com relação ao decisivo relevo atribuído à vontade individual é, assim, compreendida sob uma dúplici perspectiva: por um lado, a realidade contratual mostra que os pactos não mais refletem o efetivo consenso entre a vontade das partes; por outro, a vontade dita como refletida no contrato não é mais imune à atuação legislativa e judicial.

As relações contratuais massificadas caracterizam-se pelo incremento do volume de trocas e pela celeridade com que as avenças necessitam ser realizadas, o que gera uma crescente standartização e impessoalidade das disposições contratuais, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual das partes contratantes.

A despersonalização das relações contratuais e o automatismo das atividades destinadas a constituí-las ficam evidentes nas relações de consumo, por exemplo, onde não é incomum o emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente por uma das partes, para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes, cuja atuação resume-se “a um simples acto de *adesão* mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontade’”<sup>58</sup>.

Somado a isso, o papel e as características do poder da vontade também se alteram em virtude da intervenção do Estado, com vistas a ajustá-la à dimensão coletiva que lhe é subjacente e ao real equilíbrio que deve existir entre as partes contratantes. Assim, o contrato deixa de ser regido apenas pelas disposições resultantes da vontade das partes, para ser regulado também por prescrições legais. Além disso, é possibilitada a intervenção do Estado-Juiz no contrato, para (r)estabelecer o equilíbrio da relação.

A atuação do juiz – que antes se resumia à tentativa de fiel reconstrução da vontade das partes – muda de perfil e cresce em importância. O controle judicial dos contratos, antes inimaginável, volta-se à equitativa distribuição dos riscos, das vantagens e

---

<sup>58</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 302/303.

desvantagens deles originadas, tanto para as partes individualmente consideradas quanto para a sociedade.

Os magistrados passam a se deparar com novos tipos de conflitos, que não mais se resumem aos interesses individuais. Agora é preciso conciliar tais interesses com os direitos da coletividade, o que exige do julgador um “novo padrão de racionalidade, de natureza essencialmente material ou substantiva”<sup>59</sup>, distinto dos limites estritos da codificação liberal.

Assim, o Judiciário passa a assumir a função de um intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita nos textos constitucionais, devendo assumir uma postura intervencionista<sup>60</sup>, fundamental nas sociedades democráticas atuais.

Note-se que não se trata da defesa de uma atuação judicial irrestrita, a excluir o papel da vontade para a formação do contrato. A intensidade do controle judicial no âmbito dos contratos será diversa se se tratar de um contrato nos moldes tradicionais, vale dizer, precedido de negociações, onde as partes puderam, em larga medida, fixar as cláusulas e conformar o conteúdo do ajuste, ou se, ao contrário, se tratar de um contrato configurado como de adesão, incluídos aqui, genericamente, os contratos de consumo<sup>61</sup>.

Esse cenário não permite concluir, portanto, pelo declínio ou pela morte dos contratos, pela extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia da vontade. Tal compreensão decorre de uma interpretação desnaturada, superficial e simplificante das transformações pelas quais vêm passando o direito civil e o direito dos contratos, impedindo que se apreenda o significado próprio dessas transformações.

“Com a fórmula falsamente unificadora do ‘declínio da vontade’ ou da ‘crise do contrato’ costumam-se, de fato, cobrir, frequentemente, situações e processos profundamente diferentes entre si em sentido e qualidade”: é necessário, ao invés, distinguir cuidadosamente entre os vários fenômenos que concorrem para delinear a imagem hodierna

---

<sup>59</sup> FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista da Universidade de São Paulo**. n. 21. mar./mai., 1994, p. 54.

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 45 e 51.

<sup>61</sup> COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 03. São Paulo: RT, set./dez., 1992, p. 143.

do contrato, e para assinalar a sua novidade, em relação à imagem consagrada pela tradição no século XIX<sup>62</sup>.

Fundamental continua sendo o instituto do contrato, notadamente como instrumento da livre iniciativa, cujos valores sociais foram eleitos pela Constituição Federal (art. 170) como um dos fundamentos da ordem econômica. O que se defende na atual teoria dos contratos é que a liberdade de contratar não se confunde com os abusos desse direito nem impede a intervenção do Estado na fixação de parâmetros de ordem pública que as partes não devam ultrapassar, em respeito aos anseios do bem comum<sup>63</sup>.

Na verdade, o que se verifica é o declínio do papel do contrato na sua feição liberal, entendido como “instrumento de uma consciente, livre e paritária auto-determinação da própria esfera econômica”<sup>64</sup>, concepção que não se sustenta diante das relações contratuais da atualidade, governadas não por um ajustamento equilibrado de interesses contrapostos, precedido de uma discussão aberta, mas pela imposição unilateral de um regulamento predisposto por uma das partes, a que a outra somente oferece a sua mecânica adesão.

### **1.6. A constitucionalização do direito dos contratos: sua relevância no conjunto normativo diante da primazia constitucional.**

Não é novidade que a idéia de hierarquização do ordenamento jurídico, em cujo topo figura a Constituição, impõe que todo o ordenamento se subordine à norma constitucional. Entretanto, quando se examina a constitucionalização dos diversos ramos do direito, e mais notadamente do Direito Civil, questiona-se acerca da possibilidade e do alcance da norma constitucional na regulação de relações entre particulares, haja vista que até pouco tempo o Código Civil era considerado o único centro irradiador de normas de direito privado.

O Código Civil de 1916, fruto da doutrina individualista e voluntarista, tratava de regular, sob o aspecto formal, a atuação dos sujeitos de direito (sobretudo o contratante e o proprietário). Cuidava da garantia legal das relações patrimoniais, resguardando-as contra as

---

<sup>62</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 296-297.

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 16.

<sup>64</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 336.

ingerências do Poder Público, que, por sua vez, não interferia na esfera privada, “assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”<sup>65</sup>.

O Código almejava a completude, porque destinado a regular todos os possíveis centros de interesse jurídico de que os sujeitos privados viessem a ser titulares, o que lhes fornecia uma segurança, pois cumpria ao código garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, “a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas”<sup>66</sup>.

Nesse contexto, justificava-se o sentido constitucional que era atribuído ao Código Civil. As relações do indivíduo frente à sociedade e frente ao Estado eram, respectivamente, de indiferença e de resistência. Embora não se desconhecesse a categoria de interesse público, este era concebido como resultado da soma da satisfação dos interesses particulares, o que conferia à codificação civil uma estatura constitucional, pois a própria concepção e o próprio fundamento do Estado partiam do indivíduo<sup>67</sup>, ao ponto de o direito civil adquirir uma supremacia material frente ao direito constitucional.

Essa crença no individualismo, que marcou a codificação de 1916, somada à distinção estanque que se ofertava ao direito público e ao direito privado, resultou (e ainda resulta) em uma compreensão equivocada da ordem jurídica civil, fazendo com que a Constituição fosse lida a partir do Código, e não o contrário.

A superação da dicotomia entre público e privado favorece que se reconheça a incidência das normas constitucionais na disciplina civilística, o que, no âmbito dos contratos, torna-se mais evidente a partir da inserção na ordem jurídica contratual dos ditames do Estado social.

Deve ser reconhecida a dificuldade em se localizar um interesse privado que seja completamente autônomo e isolado do interesse público, sobretudo diante da crescente presença dos denominados interesses coletivos. A partir desse reconhecimento, fica mais clara a possibilidade de influência das chamadas, classicamente, normas de direito público no direito privado, e, por conseguinte, a compreensão do alcance das normas constitucionais que regulam, direta ou indiretamente, as relações entre os particulares.

---

<sup>65</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**. ano 1. n. 2, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2006, p. 38.

<sup>66</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**. ano 1. n. 2, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2006, p. 39.

<sup>67</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

A tarefa do Estado em sua feição atual não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, mas a de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa: “o Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção”<sup>68</sup>.

Assim, diante da dificuldade em se definir contornos definitivos entre os interesses individuais, sociais e estatais, resta compreender que o fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos tem um sentido porque divide por competências e por necessidade de exposição uma matéria única em si mesma, mas não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores, “dos quais um é totalmente autônomo em relação ao outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência”<sup>69</sup>.

O Direito Civil não se apresenta, portanto, como uma antítese ao denominado Direito Público, mas se trata de um ramo – tal qual os demais – que se justifica por razões didáticas e sistemáticas. Além disso, ainda que didaticamente tratados em separado, não se pode negar que o público e o privado se complementam, e igualmente não se pode perder de vista que “o público não se esgota no estatal”<sup>70</sup>.

Sob essas bases, não cabe mais cogitar da impossibilidade de regulação constitucional das relações entre particulares, até porque é fato que a Constituição Federal de 1988 apresenta inúmeros dispositivos direcionados à normatização de tais relações, constituindo-se no fundamento comum dos diversos ramos do direito.

Em decorrência disso, também merece ser afastada a idéia de que as normas de direitos fundamentais não seriam aplicáveis às relações entre os particulares<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54. Segundo Perlingieri, diante destas técnicas no âmbito do Direito Civil, normalmente visto como o setor da livre vontade dos sujeitos, entra em crise a comum sistemática do direito subdividido em público e privado, pois, técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, nesse contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Assim, salienta Perlingieri que existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e interesses em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos.

<sup>69</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.

<sup>70</sup> MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ntcont.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc)>. Acesso em: 20.11.2007.

<sup>71</sup> A discussão que ainda subsiste na doutrina, e que não será especificamente tratada no presente trabalho, cuida da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, precisamente da forma de aplicação, se direta ou indireta, havendo ainda quem negue a produção de efeitos dos direitos fundamentais a tais relações, o que não é o nosso caso.

No que pertine a essa temática, o que se observa é que, além de importar soluções jurídicas inaplicáveis à realidade brasileira, a doutrina e mesmo a jurisprudência também estão importando discussões que, apesar de se constituírem em problemas em relação a ordenamentos jurídicos estrangeiros, não se constituíam em problemas sob o manto da ordem jurídica brasileira.

Ao contrário da Constituição alemã de 1949, cujo catálogo de direitos fundamentais consagrou essencialmente direitos de natureza liberal, entendidos como exercitáveis contra o Estado, por se constituírem em direitos de proteção contra a atuação estatal, a Constituição brasileira de 1988 também dedica grande parte de seus dispositivos ao estabelecimento e garantia de direitos exercitáveis através do Estado e aplicáveis às relações entre particulares.

Não fosse assim, impossível seria a exigibilidade de exercício do direito de propriedade em atendimento à sua função social, de modo que o Estado não poderia intervir para tornar efetiva essa função em um relacionamento entre particulares, por exemplo<sup>72</sup>.

Portanto, o caso brasileiro é diverso. Em uma ordem constitucional cujos direitos possuem caráter essencialmente liberal, qualquer extensão do âmbito de aplicação desses direitos a outros tipos de relação que não as relações indivíduo-Estado, exige uma fundamentação que não é trivial<sup>73</sup>.

Assim, seja porque a estrutura normativo-constitucional brasileira já oferece ao intérprete/aplicador o suporte necessário à aplicação desses direitos às relações entre particulares, seja porque essa aplicação não ameaça a distinção funcional entre direito público

---

<sup>72</sup> “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, *descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada*, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213-MC. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça**, 23.04.2004, p. 296). (grifo nosso)

<sup>73</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23. Note-se que apesar do grande comprometimento do sistema alemão com o Estado social, foi grande a dificuldade em lidar com os denominados efeitos horizontais dos direitos fundamentais, o que refletiu na enorme produção doutrinária e jurisprudencial acerca do problema. Destaca Virgílio Afonso da Silva (p. 25) que essa dificuldade tem como causa um problema normativo-constitucional: a ausência de normas de direitos fundamentais que não aquelas de cunho liberal. Reafirme-se, finalmente, que a não-inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã não significa uma recusa do seu ideário subjacente, pois o conceito de Estado social (Lei Fundamental, art. 20) representa uma “norma-fim de Estado” que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura (KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 48).

e direito privado, é plenamente possível a produção de efeitos do que se tem denominado de constitucionalização do direito civil e do direito dos contratos, a exigir que estes sejam interpretados a partir da normativa constitucional, e que esta se faça sentir nas relações privadas por intermédio do próprio material normativo civilístico.

Mais que uma superioridade meramente formal, a Constituição é material e axiologicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, compreensão relevante para legitimar a produção de seus efeitos a todos os ramos do direito: mais que concordar com o procedimento formalmente desenvolvido, a ordem jurídica deve conformar-se ao sistema de valores instituído pela Constituição.

Esse sistema de valores, que encontra seu núcleo na pessoa humana inserida na comunidade social e em sua dignidade deve ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas as áreas do direito: a legislação, a administração e a jurisdição recebem dele pautas e impulsos<sup>74</sup>, o que “municia a perspectiva civil-constitucional com instrumentos metodológicos apropriados a permitir às normas constitucionais que incidam sobre as relações jurídicas estabelecidas entre particulares”<sup>75</sup>.

Vista por este prisma, a ordem constitucional impõe uma interpretação empenhada em conectar a legislação infraconstitucional às normas constitucionais, buscando-se a efetiva proteção do desenvolvimento da pessoa humana.

---

<sup>74</sup> CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores – problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo**. Granada: Comares, 2005, p. 15

<sup>75</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57-58. Registre-se que essa postura hermenêutica não está imune a resistências. Segundo Friedrich Müller (**Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 17-18), tratar os direitos fundamentais e as demais normas da Constituição como um sistema ou uma ordem objetiva de valores implicaria na tendência de querer solucionar de forma metódica sua concretização, limitação e mediação com outras normas (constitucionais) por meio de procedimentos da ponderação de bens ou interesses, o que, por sua vez, não satisfaria as exigências, imperativas no Estado de Direito, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, “controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional” (p. 18). Entendemos, entretanto, que o uso da técnica da ponderação como instrumento para a solução de possíveis conflitos decorrentes da compreensão da ordem constitucional como instituidora de um sistema de valores, não implica necessariamente na ausência de objetividade e de controlabilidade das decisões judiciais. Em nosso entender, a ponderação se revela como um meio transparente de identificação e solução dos conflitos, pois, ao tempo em que se mostra como uma técnica mais maleável, não escoa para o puro subjetivismo, uma vez que se apresenta plenamente controlável: alia segurança e previsibilidade metodológicas “com a fluidez e plasticidade que devem necessariamente revestir a técnica de composição dos conflitos entre interesses constitucionais antagônicos” (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 23.). A ponderação caracteriza-se pela sua maior proximidade com as situações concretas, tomando o caso concreto como determinante para a atribuição dos pesos específicos a cada direito em confronto, sem, contudo, se apartar do dado normativo, essencial à segurança jurídica e controle dos resultados. De fato, os juízos de valor são inevitáveis, contudo, a técnica da ponderação tem a vantagem de, a partir do reconhecimento dessa circunstância, demonstrar como esses juízos são formulados; ao contrário do que pode acontecer quando se recorre à subsunção, onde muitas vezes os aspectos valorativos são camuflados pela falsa aparência de uma operação estritamente lógico-dedutiva.

Essa perspectiva civil-constitucional não está isenta de críticas. A principal delas se refere ao que se tem denominado de exacerbação da função jurisdicional, uma vez que a aplicação dos preceitos constitucionais, geralmente enunciados de forma sintética e aberta, torna imprescindível a densificação de seu conteúdo, o que, no exame do caso concreto, é feito pelo julgador. A aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas esvaziaria os processos democráticos inerentes ao exercício da função legislativa, substituindo-os pela função jurisdicional. Além disso, tal aplicação se constituiria em um fator de incerteza e insegurança, diante da vagueza/amplitude semântica das disposições constitucionais, o que acabaria, ainda, por trivializar a jurisdição constitucional.

Segundo Canotilho, a “panconstitucionalização” da ordem jurídica privada lhe traria riscos evidentes, pois, apesar de não estar divorciado da Constituição, o direito privado perderia a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas – legais ou contratuais – vissem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia direta dos direitos fundamentais. A seu ver, seguindo essa ordem de idéias a Constituição seria convocada “para as salas diárias dos tribunais com a conseqüência da inevitável banalização constitucional”<sup>76</sup>.

Adverte que, “se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não liberdade’ do direito privado”<sup>77</sup>.

Entretanto, o fato de a norma constitucional trazer para si os fundamentos de validade do Direito Civil não se configura em uma perda da autonomia desse ramo do direito, mas, pelo contrário, o seu fortalecimento, a sua tutela constitucional, e a inserção de valores que outrora eram desconhecidos pelo legislador constituinte.

No caso brasileiro, a mudança de paradigma perpetrada a partir da Constituição de 1934, e mais especificamente pela Constituição de 1988, não significa a quebra da autonomia do Direito Civil, mas a imposição de que seja constituído e interpretado de acordo com os mandamentos constitucionais, em decorrência das idéias de sistema e de

---

<sup>76</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 113.

<sup>77</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 113.

supremacia da Constituição, que há muitos são pautas hermenêuticas que devem ser observadas pelo intérprete/aplicador.

Nesses termos, não é apropriado falar-se em uma banalização da Constituição no cenário desenhado por Canotilho. Entender que a Constituição estaria sendo vulgarizada em face da sua diária convocação nos tribunais é o mesmo que afastar o seu essencial caráter normativo, esvaziando-a, reduzindo-a a mera carta de programas sem qualquer poder vinculante, o que não se admite.

De fato, não se pode negar que as disposições constitucionais são marcadas por uma amplitude semântica, o que já se constitui em grande obstáculo à determinação apodítica do conteúdo normativo, principalmente em se tratando dos direitos fundamentais. Além disso, e principalmente, a complexidade dos problemas concretos que envolvem esses direitos é enorme, de forma a exigir a intermediação concretizadora do intérprete.

As críticas aqui mencionadas devem-se, sobretudo, ao apego que ainda se mantém à técnica da norma regulamentar. “Parece que nós não conseguimos nos sentir destinatários de normas jurídicas que não desçam a especificidades do caso concreto”: trata-se de apego exagerado a uma regulamentação impensável no dinâmico e complexo mundo contemporâneo, não sendo mais consentido ficar à espera de uma específica norma jurídica que explique, no plano infraconstitucional, como as relações privadas devem absorver os efeitos jurídicos estabelecidos pelo legislador constitucional<sup>78</sup>.

Resistências dessa natureza conduzem o intérprete a sobrevalorizar atos normativos de hierarquia inferior, chegando-se ao absurdo de ler a Constituição à luz das normas infraconstitucionais<sup>79</sup>.

Quando se trata aqui de constitucionalização do direito civil e do direito dos contratos, está-se a referir ao processo de elevação ao plano constitucional de seus princípios fundamentais, e bem assim à produção de efeitos, direta ou indiretamente, das normas constitucionais nas relações por eles reguladas.

---

<sup>78</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 226. Como bem adverte Gustavo Tepedino, nos dias de hoje, a necessidade de se dar efetividade plena às cláusulas gerais faz-se tanto mais urgente na medida em que se afigura praticamente impossível ao direito regular o conjunto de situações negociais que surgem na vida contemporânea. Incapaz de disciplinar todas as inúmeras situações jurídicas que florescem na esteira dos avanços sociais, o legislador vale-se da técnica das cláusulas gerais. Trata-se, pois, de constatação que impõe ao intérprete uma mudança de atitude, sob pena de sucumbir à realidade social.

<sup>79</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58.

A Constituição, que antes não refletia as exigências sociais, agora reúne os valores que, concomitantemente, vão sendo acompanhados pelo legislador infraconstitucional, notadamente na proteção dos contratantes vulneráveis. Percebeu-se a necessidade de uma regulação particularizada de certas personagens, a fim de que fosse concretizado materialmente o princípio isonômico previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, e em seu preâmbulo, onde a igualdade é tida como um dos valores supremos da sociedade, aliada à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III).

A Constituição de 1988 passou a disciplinar diretamente matérias que até então eram de exclusivo tratamento pela lei ordinária. Define princípios antes reservados ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família passam a ter tratamento constitucional. Aliás, o próprio Direito Civil, através do código e da legislação extracodificada, desloca sua preocupação, que antes era exclusiva para o indivíduo dissociado do contexto social, para as atividades por ele desenvolvidas e para os reflexos delas decorrentes, de modo a assegurar os resultados sociais pretendidos pelo Estado e definidos pela Constituição<sup>80</sup>.

A obrigação estatal de promover a defesa do consumidor, o dever de atendimento à função social da propriedade, e o necessário equilíbrio material que se deve assegurar no relacionamento entre os contratantes, aliados ao princípio da solidariedade social

---

<sup>80</sup> Relevante anotar que mesmo uma mudança de paradigma imposta pela Constituição, tal como ocorre com a Carta de 1988, e uma decorrente necessidade de adaptação da legislação ordinária por imposição constitucional, infelizmente não implicam necessariamente mudanças rápidas na sua aplicação. Não é incomum que a prática jurisprudencial se mostre refratária a mudanças e se mantenha presa a paradigmas superados não só pela Constituição, mas também pela legislação ordinária: “quando os juristas não percebem, ou não querem aceitar uma mudança de paradigma, pode ocorrer que, embora o processo de adaptação da legislação se realize rapidamente, essa rapidez não é acompanhada por uma mudança de paradigma na *aplicação* da legislação ‘constitucionalizada’” (SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41). É o que ocorre, com frequência, com relação às mudanças introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, por exemplo. É necessário que a comunidade jurídica se aperceba das peculiaridades que cercam as relações de consumo, identificando-as corretamente, e aplicando-lhes os princípios que lhes são próprios, em conformidade com a novel tendência contratual que vem sendo elaborada, ante a insuficiência dos princípios tradicionais para a regulação dos contratos firmados entre consumidores e fornecedores. Nesse ponto, é importante frisar que já em 1983, em sua obra **Do contrato no Estado Social** (Maceió: Edufal, 1983), bem como mais tarde, em **O contrato: exigências e concepções atuais** (São Paulo: Saraiva, 1986), Paulo Luiz Netto Lôbo advertia acerca da necessidade de reelaboração de toda a construção jurídica do contrato. Não obstante seja grande a produção doutrinária acerca dessa necessidade de colocar em prática esses novos ditames contratuais, é recorrente a produção de julgados onde é nítida a aplicação dos princípios tradicionais dos contratos às relações de consumo, a despeito da existência de regras e princípios próprios que regem tais relações. Tal conclusão é extraída de pesquisa realizada entre agosto de 2004 e julho de 2005, através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UFAL), financiada pela Pró-reitoria de Pós-graduação e Pesquisa – PROPEP, da Universidade Federal de Alagoas, intitulada **Investigação crítica acerca da efetiva aplicação pelos juízes alagoanos dos princípios de proteção do consumidor**, em que a autora foi bolsista.

e aos princípios gerais da atividade econômica definidos nos arts. 170 e seguintes, da Constituição Federal, constituem os principais postulados constitucionais do direito dos contratos.

Evidencia-se, portanto, uma atribuição de relevância à equivalência material, em recusa à igualdade meramente formal que se admitia existente entre as partes contratantes, a fim de se atingir uma “ética material dos contratos”<sup>81</sup>, distinta daquela configurada na acepção tradicional e liberal onde se tinha a figura do contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, “realizando uma função individual de harmonização de interesses antagônicos, segundo o esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes”<sup>82</sup>.

Elevadas as bases do direito dos contratos à Constituição, apenas se admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, observada a efetiva desigualdade material existente entre as partes contratantes, e, partindo dessa consideração, a busca da equivalência material das prestações.

## CAPÍTULO II

### **DA IRRESTRITA PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA DA VONTADE AO RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE CONTRATUAL**

2.1. A necessidade de introdução de novos princípios contratuais diante da real desigualdade entre os contratantes. 2.2. A autonomia da vontade e os novos princípios contratuais: reação aos excessos decorrentes da absolutização da força jurígena da vontade individual. 2.3. O reconhecimento da vulnerabilidade como instrumento de equilíbrio da relação contratual. A compreensão jurídica de vulnerabilidade. 2.4. Elementos de vulneração de uma parte contratual: por que um dos contraentes carece de proteção? Algumas considerações iniciais. 2.4.1. Uma análise dos elementos de vulneração de uma parte contratual:

---

<sup>81</sup> Expressão utilizada por Franz Wieacker (**História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 599.).

<sup>82</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 09.

estudo com base nos contratos de adesão comuns e nos contratos de consumo.

## **2.1. A necessidade de introdução de novos princípios contratuais diante da real desigualdade entre os contratantes.**

Consoante assinalado no capítulo precedente, o Direito tem passado por inúmeras transformações desde o advento do Estado social. No Brasil, essas mudanças ficaram mais evidentes a partir da Constituição Federal de 1988, que introduziu, com maior vigor, no ordenamento jurídico brasileiro os principais postulados do Estado social, notadamente a intervenção na economia, a introdução dos direitos sociais e suas garantias, a exigência de que se concretize uma igualdade material, e a inserção da pessoa humana no centro da ordem jurídica.

Nesse cenário, é de se observar que diversas causas concorreram para a modificação da noção de contrato, tanto no âmbito do Direito Civil (contratos comuns), especialmente com a vigência do Código de 2002, quanto na esfera do Direito do Consumidor (contratos de consumo).

Ambas as espécies contratuais passaram por mudanças desde o advento da Constituição de 1988, que introduziu o ditame da justiça social como um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*), que, por sua vez, tem como princípios a livre concorrência (art. 170, IV), a defesa do consumidor (art. 170, V), a repressão ao abuso do poder econômico através da lei (art. 173, § 4º), o Estado regulador (art. 174), dentre outros. No campo do Direito Consumerista, ganha destaque a inserção da defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII), completando, na esfera dos contratos, os principais postulados instaurados pela Constituição Federal de 1988.

Esse novo contexto fez com que as relações contratuais se ajustassem a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva e social do contrato, de modo que este deixa de ser simplesmente expressão da autonomia da vontade privada, e passa a ser amplamente limitado pela intervenção estatal no domínio econômico e social, a fim de evitar a desigualdade entre os contratantes.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>83</sup>, essa ingerência do Estado no âmbito dos contratos ultrapassa o conceito de *intervencionismo*, e deve ser definida através do termo *dirigismo*, que não se confunde com a mera intervenção episódica e assistemática, mas traduz-se na atuação estatal de disciplina, direção e vetorialização da economia, e, por extensão, dos contratos. Destaca o autor que, diante desse quadro, a liberdade de contratar ou não, de estabelecer contratos além dos tipos legais, de escolher o outro contratante, de determinar o conteúdo e a forma de execução dos negócios, e de modificar o regime legal afigura-se bastante reduzida<sup>84</sup>.

Note-se, mais uma vez, que os limites à liberdade contratual não significam que o instituto do contrato tenha perdido o seu papel na sociedade, mas representam a repressão aos abusos a essa liberdade de contratar, através da ingerência do Estado<sup>85</sup> na fixação de padrões de ordem pública (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor) que as partes não devem ultrapassar.

Com efeito, a autonomia privada se constitui num dos principais elementos da ordem jurídica, especialmente no âmbito da teoria dos contratos, e “sua negação radical só seria possível num sistema de competências em que as pessoas se limitassem a seguir regras absolutas, estabelecidas por órgãos de um poder totalitário”<sup>86</sup>.

Assim, não olvidando do papel essencial da autonomia privada para a atividade humana, o que se impõe é que ela seja harmonizada com as finalidades coletivas e sociais igualmente protegidas pelo ordenamento: “ao poder de auto-regulamentação se junta também uma hetero-regulamentação predisposta por um justo equilíbrio dos interesses, ordenada pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 26.

<sup>84</sup> Também nesse sentido, Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado: parte geral**. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 60), ao exemplificar que o Estado, intervindo na vida econômica, dirigiu a produção, a distribuição e o consumo, e tabelou preços e salários, limitando, assim, a autonomia da vontade.

<sup>85</sup> Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (**O contrato – exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10), a qualidade característica do Estado na atualidade, sobretudo após as duas guerras mundiais, é a absorção crescente do social, independentemente das múltiplas formas políticas de que se revista ou das distintas motivações ideológicas que o inspire. Nessa linha, o Estado se expandiu (outrora se limitava, através do direito, a garantir a eficácia dos contratos), limitando a liberdade individual de contratar, de modo que mudou o seu fundamento ideológico, passando da primazia do indivíduo à primazia do social (justiça social).

<sup>86</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19. São Paulo: RT, jul./set., 2004, p. 93.

<sup>87</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19. São Paulo: RT, jul./set., 2004, p. 94.

Essa hetero-regulamentação consiste, pois, nas regras impostas pelo ordenamento jurídico, nos limites à autonomia da vontade, de modo que esta somente está apta a produzir efeitos se concordes com a ordem jurídica.

Tal concepção refletiu sobremaneira no âmbito da teoria dos contratos, que, deslocando-se do quadro estritamente liberal onde prevalecia o individualismo, manifesto no princípio da autonomia da vontade (autonomia privada ou auto-regramento<sup>88</sup>), passou a constituir-se de novos paradigmas, revelados pelos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência material ou equilíbrio, fundamentais para represar as evidentes desigualdades oriundas da adoção rigorosa da autonomia da vontade como base do contrato, que, na verdade, transformava-o em instrumento de predomínio da vontade do mais forte.

Além de caracterizarem uma época, são testemunhas da modificada (ou modificável) concepção do contrato, que tem passado da noção de negócio estritamente particular à de regulamento submetido efetivamente a controle, integrações e modificações em prol do próprio interesse público. Ao nivelar as partes contratantes ainda que consistam em sujeitos em situação de profunda e efetiva desigualdade material, a ordem jurídica permitiu que relações de poder e de supremacia se manifestassem juridicamente como relações paritárias. “E assim, por efeito desse somatório de uma revolução técnica com um direito liberal, a parte mais forte ficou em condições de ‘legislar por contrato’, de uma maneira substancialmente autoritária, sem usar, na aparência, de formas autoritárias”<sup>89</sup>.

Os pactos são atualmente celebrados sem que as partes saibam com quem estão contratando, pois destinados a atingir, indistintamente, um número cada vez maior de pessoas,

---

<sup>88</sup> Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado: parte geral**. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 56 e 60-64) distingue “princípio da liberdade de contratar” (que oferece às partes o poder de, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de adquirirem direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato) de “princípio da autonomia da vontade” (poder de escolha das cláusulas contratuais). Além da distinção ponteana, a doutrina costuma distinguir autonomia da vontade de autonomia privada, atribuindo à primeira uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto a segunda marcaria o poder da vontade de um modo objetivo, concreto. Segundo Maria Angélica Benetti Araújo (Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2006, p. 284), a “autonomia da vontade” está historicamente associada ao voluntarismo jurídico que nela se legitimava, em vista do exacerbado poder jurígeno da vontade. Ainda de acordo com autora, a expressão “autonomia privada” carrega em seu bojo um fato objetivo, o poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares de auto-regular os seus interesses. Igualmente nesse sentido Érico de Pina Cabral (A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19. São Paulo: RT, jul./set., 2004, p. 84), para quem a autonomia da vontade, como fenômeno interior e psicológico, está contida no âmbito da autonomia privada, capaz de produzir efeitos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento. Não obstante tais distinções terminológicas, no presente trabalho serão utilizadas essas expressões indistintamente.

<sup>89</sup> BELMONTE, Cláudio Petrino. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002, pp. 142-143.

fazendo com que a tríplice faceta da autonomia da vontade – liberdade de tipo, liberdade de escolha do contratante e liberdade de conteúdo – seja privilégio de apenas um dos contratantes, aquele que predispõe os termos contratuais, restando ao outro somente apor a sua assinatura em um ou inúmeros papéis cujos conteúdos são para ele, na grande maioria das vezes, completamente desconhecidos.

O que antes era exceção aos chamados contratos paritários, onde os contratantes discutiam todas as cláusulas minudentemente, propondo e contrapondo acerca de prazo, preço, condições, formas de pagamento etc, hoje é a regra, não mais se concebendo o desenvolvimento negocial sem a utilização dos contratos de massa, imprescindíveis à vida econômica atual.

Sendo forçosa a utilização desses contratos na atualidade, alerta Paulo Lôbo que “hão de ser tratados na dimensão exata, para que não se convertam em instrumento de injustiça e de abusiva concentração de poder, em prejuízo dos direitos subjetivos individuais e coletivos”<sup>90</sup>.

Os princípios tradicionais do contrato (autonomia da vontade<sup>91</sup>, *pacta sunt servanda* e eficácia relativa ou relatividade dos efeitos do contrato) não têm mais uma aplicação ampla e generalizada. Em lugar da vontade ganha coloração o interesse social, sendo desconsideradas (ou abrandadas) noções como consentimento, intangibilidade do contrato, e força obrigatória.

A intervenção estatal nos contratos não pode mais ser tida como um elemento perturbador da liberdade individual e como um fator de prejuízo ao mercado, como concebida no Estado liberal: “a crescente sensibilidade do discurso jurídico para a desigualdade fática e para os interesses sociais e coletivos vai provocar o desmoronamento do credo liberal na excelência da autonomia privada no campo econômico”<sup>92</sup>.

---

90

<sup>91</sup> Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado: parte geral**. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 56 e 60-64) já advertia que o direito está longe – e sempre longe esteve – de adotar esse princípio como absoluto, pois sofre, e sempre sofreu, limitações legais cogentes: a lei não deixa, inteiramente, à vontade dos interessados a configuração das relações jurídicas, bem como reputa inexistentes (= não-jurídicos), nulos ou anuláveis determinados pactos, a fim de evitar os inconvenientes de um amplo auto-regramento da vontade, na “[...] defesa de contraentes que se têm como menos resistentes ou mais fracos [...]”. É o que ocorre, por exemplo, com as cláusulas abusivas previstas no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, que são nulas ainda que oriundas da presumida vontade das partes.

<sup>92</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. George Salomão Leite (Org.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 314.

A perspectiva civil-constitucional impõe novos fundamentos e novos contornos à liberdade de contratar. Aliás, o direito dos contratos “não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica em vigor no país”<sup>93</sup>. A inserção de novos princípios contratuais corresponde à quebra da hegemonia outrora atribuída à autonomia negocial, harmonizando-a às disposições constitucionais, sobretudo à dignidade da pessoa humana, à ótica solidarista, à igualdade material, ao valor social da livre iniciativa.

## **2.2. A autonomia da vontade e os novos princípios contratuais: reação aos excessos decorrentes da absolutização da força jurígena da vontade individual.**

Como visto, o dogma da autonomia da vontade, que permeou o direito contratual por muito tempo, não mais se concebe em termos absolutos tal como ocorrera sob a égide da ordem jurídica liberal, que oferecia a desejada segurança à sociedade burguesa.

Tal compreensão pautava-se na igualdade formal como base interpretativa das normas vigentes, com o objetivo de assegurar a diminuição/eliminação dos riscos das atividades desenvolvidas. Desta forma, “atendia-se ao desenvolvimento econômico almejado pela classe burguesa, visto que a liberdade contratual, pautada pela igualdade formal, dava aos acordos força obrigatória e proporcionava às operações contratuais considerável segurança”<sup>94</sup>.

Entretanto, em face da real “desigualdade nas relações privadas, é necessário uma nova colocação do problema da autonomia privada, submetendo-a à hegemonia da pessoa como valor fundamental do ordenamento jurídico”, uma vez que as relações privadas “não podem ser formalizadas numa concepção exclusivamente econômica, segundo as ‘regras do jogo’, mas vinculadas à dignidade da pessoa humana”<sup>95</sup>, concebida, por sua vez, como um dos principais vetores hermenêuticos jurídicos atuais.

Não significa, portanto, que o princípio da autonomia da vontade tenha perdido sua importância no direito contratual, até porque figura como elemento necessário à formação do contrato. O que não mais se admite é que a autonomia da vontade seja tida como sinônimo

---

<sup>93</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

<sup>94</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2006, p. 282.

<sup>95</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19. São Paulo: RT, jul./set., 2004, p. 84.

de não interferência externa, de absoluta e indissolúvel expressão da vontade individual, não sujeita a limites.

O formalismo que dominava a interpretação do direito e, por conseguinte, dos negócios jurídicos, não tem lugar na compreensão atual dos contratos. O princípio da autonomia da vontade entende-se, assim, nos contornos dos princípios da igualdade material, da função social do contrato, e da boa-fé objetiva.

Se antes a concepção individualista dominava a interpretação e a aplicação desse princípio, isolando-o do caso concreto, determinando o absoluto cumprimento do contrato, independentemente dos prejuízos que este pudesse ocasionar a terceiros ou à coletividade, assim como desconsiderando o desequilíbrio existente entre as partes contratantes, hoje a definição de regras contratuais está condicionada aos denominados princípios sociais do contrato.

Exige-se o exame do caso concreto, e não apenas a conclusão silogística de que o contrato é obrigatório e imutável porque seus termos foram livremente definidos pelos contratantes.

Apartando-se dos dados da realidade, não era possível verificar que, de fato, uma das partes não participava dessa livre definição dos termos contratuais, e, por vezes, também não era livre para escolher quando e com quem contratar.

Essa indispensável conexão com o exame do caso concreto resta evidente no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), segundo o qual os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46).

Com o objetivo de atribuir uma superioridade jurídica à parte contratual que é faticamente inferior, o CDC estabelece, ainda, que são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas (art. 51); e dirige até mesmo a forma pela qual as cláusulas devem ser redigidas (art. 54, § 4º).

Igualmente se apartando da noção liberal de contrato, em perfeita adequação aos ditames constitucionais, o Código Civil estabelece expressamente que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421).

Queda-se, pois, o mito da imutabilidade dos contratos e de seu cumprimento a qualquer custo, porque decorrente da vontade das partes. E isso se justifica em face da percepção de que nem sempre os termos contratuais refletem a vontade de ambos os contratantes.

No ambiente da legislação consumerista, por exemplo, essa imutabilidade é quebrada pelo art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, ao definir como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, assim como a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

A intervenção judicial no conteúdo dos contratos igualmente é possibilitada pelo art. 317, do Código Civil, que permite ao juiz corrigir o valor da prestação devida, quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre este e o valor do momento de sua execução, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A possibilidade de intervenção estatal no conteúdo dos contratos, para adequá-los aos novos princípios contratuais, a fim de que se consolide uma igualdade material entre as partes, não se esgota nos dispositivos legais acima mencionados; servem eles para demonstrar que o princípio da autonomia da vontade não pode ser interpretado de forma irrestrita, pois, concretamente, a autonomia da vontade não mais se concebe como o exercício da liberdade entre iguais.

Assim é porque a autonomia da vontade se compreende nos limites das normas jurídicas que compõem a sua moldura de validade, não sendo incompatíveis – embora a uma primeira vista se possa chegar a essa conclusão – as noções de autonomia e limites.

O ordenamento jurídico reconhece um poder de auto-regulamentação aos particulares, que, por sua vez, encontra no próprio ordenamento as suas limitações: “os atos de autonomia [...] têm denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções tuteladas e que sejam socialmente úteis”<sup>96</sup>, assim como à promoção do bem comum e da igualdade material.

Pelo princípio da função social, os interesses individuais das partes contratantes devem ser exercidos em consenso com os interesses sociais. A ordem jurídica

---

<sup>96</sup> CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19. São Paulo: RT, jul./set., 2004, p. 118.

dispõe de normas cogentes que reduzem a incidência do que foi individualmente pactuado pelas partes, fazendo sobrepor-se o interesse social.

É que, embora possa parecer que os contratos somente irradiam seus efeitos com relação aos contraentes, na verdade qualquer contrato repercute no ambiente social, “ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico”<sup>97</sup>. Desse modo, não se compreende o contrato como uma manifestação isolada do contexto social.

Assim, o princípio da função social liga os contratantes à sociedade, cuidando para que as disposições contratuais (que *a priori* somente repercutiriam no âmbito exclusivamente individual) não sejam contrárias ao interesse social, sem perder de vista a necessária segurança que o instrumento contratual visa a oferecer às partes.

O que se estabelece, portanto, é uma compatibilidade entre a segurança jurídica oferecida pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), o qual decorre da idéia de autonomia privada, e os princípios da igualdade material, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Esses princípios-limite não excluem a autonomia da vontade como elemento essencial da formação do contrato, mas determinam que essa autonomia seja exercida nos moldes por eles definidos.

### **2.3. O reconhecimento da vulnerabilidade como instrumento de equilíbrio da relação contratual. A compreensão jurídica de vulnerabilidade.**

É recente a preocupação do legislador com a situação jurídica de determinadas categorias de pessoas, a exemplo dos inquilinos, trabalhadores e consumidores, que foram contemplados com uma regulamentação legislativa própria; esses últimos, somente a partir da Constituição de 1988, e, mais detidamente, com o Código de Defesa do Consumidor (de 11.09.1990).

Essa atuação legislativa funda-se no reconhecimento de que determinadas relações contratuais perfazem-se entre sujeitos que se encontram em situação de desigualdade,

---

<sup>97</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 42. São Paulo: RT, abr./jun., 2002, p. 190.

a exigir o atuar estatal na promoção de medidas que ofereçam uma superioridade jurídica àqueles que estão faticamente fragilizados perante o seu parceiro negocial.

O princípio da vulnerabilidade foi pela primeira vez expressamente positivado no direito brasileiro no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor constitui-se em norma base de todo o sistema de defesa em tais relações.

Antes mesmo de sua expressa positivação no direito brasileiro, o consumidor já era reconhecido como a parte mais fraca das relações de consumo no ambiente supra-estatal, através da Resolução da Organização das Nações Unidas sobre os direitos do consumidor, de 09.04.1985.

A vulnerabilidade, contudo, não é uma peculiaridade encontrada somente nas relações contratuais de consumo, podendo ser constatada também em inúmeras relações jurídicas, que da mesma forma obrigam o estabelecimento de um tratamento legislativo e judicial diferenciado<sup>98</sup>.

Além disso, o reconhecimento da vulnerabilidade de um dos contratantes implica “funcionalização da liberdade contratual”<sup>99</sup>, que foi se impondo, à medida que se verificou, na prática das transações negociais, a repetição de resultados vantajosos para uns e desvantajosos para outros. A teoria contratual e o juízo acerca da validade do contrato deixam de voltar-se apenas para o processo de formação e de manifestação da vontade geradora do vínculo contratual, e passam a interessar-se também pelo efetivo resultado produzido pelo acordo de vontades.

A representação tradicional do contrato não abria qualquer espaço para a problematização do poder contratual. A liberdade de contratar era vista como automaticamente garantida, com a delimitação de uma esfera de não intervenção estatal, com a ausência de proibições ou imposições legais. E, nisso, todos eram necessariamente tratados por igual, na medida em que a todos era reconhecida idêntica competência para a produção de

---

<sup>98</sup> Segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes (Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 57. São Paulo: RT, jan./mar., 2006, p. 103-104), a vulnerabilidade é uma realidade que se configura em qualquer área do Direito. O autor, inclusive, defende a aplicação do princípio da vulnerabilidade nos relacionamentos tributários, em seu artigo O MP e a legitimidade para a defesa dos interesses coletivos decorrentes de questões tributárias de massa. **Revista de Estudos Tributários**. n. 11. Porto Alegre: Síntese, jan./fev., 2000. No presente trabalho, o estudo sistemático do princípio da vulnerabilidade e das normas infraconstitucionais de proteção do contratante vulnerável será pautado no exame dos contratos de adesão regidos pelo Código Civil e nos contratos de consumo.

<sup>99</sup> Expressão utilizada por Teresa Negreiros (**Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 279).

efeitos jurídico-negociais, não podendo conceber-se situações de inferioridade que acarretariam a admissão de uma desigual força jurígena. “Ficou aberto o caminho para uma visão omnicomprensiva e unidimensional do contrato, não se reconhecendo, no seu campo, qualquer valor contrastante com o da liberdade”: à universalidade das formas jurídicas envolvidas correspondia, assim, uma disciplina contratual unitária<sup>100</sup>.

A universalização das relações de troca, com a crescente participação de todas as camadas sociais no sistema de mercado, o aumento da produção e da complexidade dos bens e serviços e dos processos de sua comercialização, as mudanças de natureza, estrutura e dimensões dos operadores econômicos, revelaram que a regulamentação indistinta das relações contratuais não mediava satisfatoriamente determinados conflitos de interesses entre os agentes do tráfego jurídico-econômico.

À abstração de formas universais e igualitárias sucede, então, um particularismo diferenciador, que atende aos fatores de desigualdade nas reais condições de exercício da liberdade contratual. A tarefa reguladora assume, assim, uma função de proteção de certas categorias de contraentes, quando se constata que, por confluência de fatores de diversas ordens (técnicos, jurídicos, econômicos), elas se encontram numa situação que as impossibilita de uma autotutela de seus interesses, sob responsabilidade própria. Sobretudo, quando, “sob a capa neutral de sujeitos de direito, se confrontam entes morfologicamente diversos”, cujo relacionamento dá-se por formas estruturais que geram e potenciam situações de poder e de correlativa inferioridade contratual<sup>101</sup>.

A consideração à pessoa que contrata e ao conteúdo do contrato abre as portas ao atendimento das assimetrias existentes entre os contratantes, e é justamente o reconhecimento da relevância jurídica dessas disparidades que vai possibilitar e legitimar a edição de regimes especiais de tutela.

---

<sup>100</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 39.

<sup>101</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 41. Com efeito, “perante estes dados reais, os processos de livre auto-regulação não asseguram minimamente a consideração e tutela de todos os interesses relevantes, que o ordenamento deve levar em conta. Com isso fica ostensivamente a claro que a liberdade contratual, como instrumento ‘de validade universal, mas utilidade particular’, não desempenha equilibradamente, em amplas áreas da contratação, a função ordenadora que lhe cabe” (p. 41). A esse reconhecimento de que as partes contratuais não se encontram em situação de perfeita igualdade, consoante outrora propugnado, e ao seu conseqüente reflexo no corpo doutrinário e legislativo (e, por conseqüente, judicial) do direito dos contratos, Joaquim de Souza Ribeiro denomina de *materialização do contrato*. “A denominada *materialização* do contrato representa, precisamente, a problematização, em certas zonas, das condições de exercício e de efectividade da liberdade contratual, com o abandono da clássica pressuposição de igualdade, assente na irrelevância dos factores materiais de diferenciação” (p. 41-42).

Assim, no âmbito da teoria dos contratos a vulnerabilidade nada mais é do que o reconhecimento jurídico de que um dos contratantes é a parte mais fraca da relação contratual.

O conceito de vulnerabilidade expressa a idéia de relação entre dois pólos, onde um é fragilizado, ferido, ou ofendido, por outro que possuiu potência suficiente para tanto, somente se configurando a qualidade de vulnerável se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém.

O reconhecimento da vulnerabilidade de um dos contratantes é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação contratual.

Especificamente no direito do consumidor, Paulo Valério Dal Pai Moraes apresenta algumas peculiaridades do contratante mais fraco, anunciando que aqui a vulnerabilidade se revela na possibilidade de que os consumidores venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da relação<sup>102</sup>.

Seja em face de circunstâncias de ordem econômica, social, técnica e informativa, ou jurídica, o certo é que o consumidor, exposto a todas as técnicas de contratação e de circulação de bens e serviços que consolidam o poder do fornecedor na sociedade de massa, tem o seu poder negocial reduzido ou até mesmo extinto, tendo em conta que este último possui o controle do mercado, dispondo unilateralmente sobre o quê, como e para quem produzir, chegando, inclusive – conforme se analisará adiante –, a criar necessidades, induzindo as pessoas ao consumo.

Assim, inúmeras são as causas que levaram o legislador a esse reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, tais como a grande disparidade entre propaganda e condições reais de produtos e serviços; a padronização das transações de consumo, tornando praticamente improvável a possibilidade de negociação por parte do consumidor; o uso de políticas de mercado desleais e métodos de venda desonestos; a circulação no mercado de produtos e serviços perigosos e com defeitos.

Esse princípio justifica-se, sobretudo, pela evidente inferioridade negocial do consumidor nos contratos firmados com fornecedores de produtos ou serviços, “decorrência

---

<sup>102</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

de uma sociedade de consumo contemporânea que, por sua vez, respalda as contratações em massa, o uso de contratos standardizados, o surgimento de inovadoras técnicas de *marketing* e os métodos agressivos de venda”<sup>103</sup>.

A apreensão concreta da pessoa do contratante e da realidade que circunda o ambiente contratual faz parte dos fundamentos da proteção ao contratante vulnerável, diante dos abusos de liberdade contratual praticados pelo contratante forte. A atenção ao sujeito contratante permite verificar a disparidade de poder negocial, e, por conseguinte, a imposição de mecanismos de tutela. “Materializa-se o contratante à medida que a pessoa que contrata é considerada como tal, isto é, em relação a seus aspectos pessoais (concretos), imperscrutáveis sob a capa das categorias abstratas de ‘credor’, ‘devedor’, ‘comprador’, ‘locatário’ etc”<sup>104</sup>.

A compreensão da vulnerabilidade é um desafio para a concepção abstrata de contratante, pressuposta pela teoria clássica, na medida em que o direito passa a levar em consideração qualidades das partes, o que se torna incompatível com a concepção do direito contratual como um conjunto abstrato e geral de normas aplicáveis a todas as transações.

Ao considerar o sujeito contratante e o conteúdo do contrato, o ordenamento jurídico legitima a intervenção no sentido de reequilibrar a relação contratual, pois o reconhecimento da vulnerabilidade põe à evidência o caráter desigual de determinadas relações contratuais.

Note-se que o reconhecimento da vulnerabilidade de um dos contratantes e a conseqüente intervenção legislativa e judicial no contrato não significam a desconsideração do contratante considerado mais forte, mas visam ao equilíbrio da relação contratual, harmonizando os interesses envolvidos nessas relações.

A proteção do contratante vulnerável não se trata, portanto, de um meio de fomento da discórdia entre os protagonistas das relações contratuais.

Como bem adverte José Geraldo Brito Filomeno, ao comentar o art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, também não se trata de um elemento desestabilizador do mercado, eis que encara o fornecedor como o vilão da história, atribuindo-se-lhe todas as

---

<sup>103</sup> BELMONTE, Cláudio Petrino. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002, p. 147.

<sup>104</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

mazelas e distorções verificadas no mercado de consumo, “como pretendem ver alguns leitores mais afoitos e apressados do texto sob análise”<sup>105</sup>.

Parte-se da concepção de que, havendo um pólo vulnerável, deve haver a intervenção legislativa, administrativa e/ou judicial para fazer prevalecer o efetivo equilíbrio dos poderes contratuais, não mais sendo admissível que se nivele formalmente as partes contratantes, permitindo que relações entre sujeitos em situação de profunda desigualdade material sejam tidas como relações paritárias.

Assim, reconhecida a vulnerabilidade de um dos contratantes e com fundamento no princípio do equilíbrio pode (e deve) o intérprete/aplicador conter as desigualdades reais (materiais) que se manifestam nas relações contratuais, não se contentando com a aferição da igualdade formal, que deixa margem ao cometimento de abusos pela parte mais forte.

Busca-se, com isso, realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização dos interesses. Preserva-se a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes. “O que interessa não é mais a exigência cega do cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra”<sup>106</sup>.

#### **2.4. Elementos de vulneração de uma parte contratual: por que um dos contraentes carece de proteção? Algumas considerações iniciais.**

Muitas das críticas que se tem elaborado acerca da proteção ao contratante vulnerável devem-se à ausência de compreensão acerca do que, de fato, consiste a caracterização da vulnerabilidade e em que termos ela se configura, ou seja, não se examinam quais são os elementos que permitem concluir pela vulnerabilidade de uma das partes contratantes.

---

<sup>105</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 53.

<sup>106</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar., 2002. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

Demonstrada a compreensão que se adota no presente estudo acerca da vulnerabilidade e bem assim a influência do seu reconhecimento na realização do equilíbrio contratual, passa-se a examinar quais são as características de determinadas relações contratuais que possibilitam seja reconhecida a vulnerabilidade do ocupante de um dos pólos dessas relações.

Consoante acima apontado, dada a variabilidade de relações contratuais nas quais um dos contraentes encontra-se em situação de inferioridade perante o seu parceiro contratual, tal como ocorre nas relações de trabalho, de inquilinato, de consumo, e em determinados contratos entre particulares, o exame que se fará adiante tratará especificamente dos contratos de consumo regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e dos contratos de adesão regulados pelo Código Civil, considerada a necessidade de delimitação do âmbito de estudo e a semelhança entre essas categorias contratuais.

Note-se que a definição das normas jurídicas de regência e o conseqüente afazer hermenêutico devem ser precedidos do enquadramento dos contratos em categorias prévias: contratos de consumo ou comuns e contratos de adesão ou paritários. É a partir do exame dessas distinções que se procederá ao estudo dos elementos que caracterizam um dos contratantes como vulnerável, o que, inclusive, permite afastar as críticas que se tem formulado acerca da proteção a esses contratantes.

Sem distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência – conceitos distintos, mas que vêm sendo confundidos pela doutrina e pela jurisprudência –, Eros Roberto Grau critica, por exemplo, a possibilidade de intervenção judicial nos contratos, o que, em seu entender, se faria em detrimento da certeza e segurança que deveriam advir da relação contratual.

Segundo o autor, o “vínculo contratual instala uma situação de *certeza e segurança jurídica* para as partes”, entretanto, “infelizmente, nossa jurisprudência às vezes se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados celebrados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes”. Para Eros Grau, a autonomia da vontade, que deveria ser a regra, “é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador tem do negócio”, de modo que passa o Judiciário a ignorar “o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições e se obrigam em igualdade de condições”<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**. a. 2. v. 5. Rio de Janeiro: PADMA, jan./mar. 2001, pp. 73-74.

Embora não negue que a massificação da produção e do consumo reclama o controle, pelo Estado, do poder normativo privado que determinadas classes ou setores exercem, impondo sua vontade a partes débeis, fragilizadas<sup>108</sup>, Eros Grau ao mesmo tempo parece crer na perspectiva de que os pólos contratuais firmam suas avenças em situação de igualdade, livres que estão para dispor dos termos do contrato e escolher se contratam ou não. Nesse sentido, afirma que “as partes somente contratam se acreditarem que a vinculação lhes será afinal vantajosa”, e é por conta e em busca da instalação daquela situação de certeza e segurança “que as partes se acomodam ao vínculo contratual e, principalmente, o ordenamento jurídico o tutela”<sup>109</sup>.

Parece não estar bem demarcada, portanto, a compreensão que a doutrina possui acerca da vulnerabilidade e da importância de seu reconhecimento para que se estabeleça a igualdade material entre os contratantes. Não se trata, como já salientado, de excluir o princípio da autonomia da vontade e os ditames de segurança por ele refletidos à relação contratual, mas da necessidade de se reconhecer as reais mudanças que vêm se perpetrando nas relações contratuais, e os novos preceitos normativos que lhes são aplicáveis.

Examinar os elementos concretos que caracterizam a vulnerabilidade de um dos contratantes, ou seja, analisar por que, efetivamente, um dos contratantes carece de proteção, serve para demonstrar a legitimidade da intervenção legislativa, administrativa e judicial nos contratos, a fim de que se realize o equilíbrio entre as partes contratuais.

#### **2.4.1. Uma análise dos elementos de vulneração de uma parte contratual: estudo com base nos contratos de adesão comuns e nos contratos de consumo.**

As relações contratuais multiplicaram-se e tornam-se cada vez mais complexas, determinadas pela crescente expansão das atividades de produção, de troca, de distribuição de produtos e serviços. O crescimento populacional, a urbanização, a aceleração do processo produtivo e o avanço tecnológico, conduzem essas relações a uma textura cada vez mais massificada, a que o sistema contratual tradicional não consegue mais dar resposta.

---

<sup>108</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**. a. 2. v. 5. Rio de Janeiro: PADMA, jan./mar. 2001, p. 82.

<sup>109</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**. a. 2. v. 5. Rio de Janeiro: PADMA, jan./mar. 2001, p. 74.

Nessa relação massificada<sup>110</sup>, a consequência inevitável é que um dos contratantes seja a parte mais fraca, submetendo-se ao poder contratual dominante, do qual o Direito nunca se preocupou, pois partia do pressuposto de que as pessoas eram livres para manifestarem suas vontades e, conseqüentemente, definirem se aceitavam ou não uma relação contratual.

Hoje, os contratos de adesão atravessam toda a vasta área contratual da circulação de bens e da prestação de serviços, constituindo, em setores relevantes (bancário, de seguros, de fornecimento de bens duradouros etc.) a forma largamente dominante, quase exclusiva, de contratação. “Neles se jogam interesses económicos nucleares da vida relacional do homem comum”<sup>111</sup>.

Este modo de contratar simplifica e acelera os processos de conclusão dos negócios, determinando, através da conseqüente economia de tempo, de meios e de atividade, a redução dos custos da contratação decorrentes das técnicas de negociação individual. Quem, pela sua posição e pelas suas atividades económicas se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série também indefinida de contrapartes, predispõe um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série. Aqueles que, por seu turno, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos de cada operação, mas limitam-se a aceitá-los, assumindo o papel de simples aderentes<sup>112</sup>.

Com o advento dos sistemas de produção e de distribuição de massa estendeu-se substancialmente esse método de contratação, haja vista que melhor corresponde ao arranjo e à dinâmica das relações contratuais: não há dúvida de que o emprego de contratos de adesão constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, uma vez que funciona como fator de racionalização e de economicidade da atuação empresarial.

---

<sup>110</sup> No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo (**Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 14), as massas são os “[...] conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser anônimo e despersonalizado [...]”. Também nesse sentido leciona Armando Sant’Anna (**Propaganda: Teoria, Técnica e Prática**, 7. ed., São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 03), segundo o qual são características das massas: 1) seus membros podem vir de qualquer profissão e de todas as camadas sociais. A massa pode incluir pessoas de diversas posições sociais, de diferentes vocações, de variados níveis culturais e de riqueza; 2) a massa é um grupo anônimo; 3) existe pouca interação ou troca de experiência entre os membros da massa; 4) a massa é frouxamente organizada e não é capaz de agir de comum acordo; 5) seus membros são átomos separados que, juntos, formam a audiência da massa.

<sup>111</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 182.

<sup>112</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 311-314.

Contudo, “para uma valoração complexiva do fenômeno, não se pode descurar que isto só se consegue com um preço muito grave”, o de privar uma das partes da relação – consumidores, adquirentes, utentes – de toda a possibilidade de real decisão e influência na determinação do seu conteúdo, que acaba por lhes ser imposto de forma unilateral<sup>113</sup>.

Além de se afastar a liberdade de valoração e de escolha de um dos contratantes, as cláusulas unilateral e previamente estabelecidas por uma das partes são, em regra, definidas para realizar exclusivamente os interesses do predisponente. Ao aderente está vedado o exercício de uma real autodeterminação. Em concreto, ele não é livre para determinar o conteúdo do contrato, não sendo livre sequer para escolher se contrata ou não, pois a adesão constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida.

O regime diferenciado dos contratos de adesão funda-se, deste modo, “no atendimento da falta de pressupostos materiais de uma autotutela adequada dos interesses próprios por parte do contraente”, a quem é posta a única alternativa de aceitar – sem possibilidade de modificações – o conteúdo do contrato, ou de renunciar, pura e simplesmente, a sua celebração<sup>114</sup>.

Embora a doutrina não seja uníssona acerca do traço distintivo do contrato de adesão<sup>115</sup>, variando de acordo com a característica que se ponha em destaque, não resta

---

<sup>113</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 311-316.

<sup>114</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 188.

<sup>115</sup> Além da distinção entre contratos de adesão e contratos paritários, Paulo Luiz Netto Lôbo adverte ainda acerca da distinção entre *condições gerais dos contratos* e *contratos de adesão*. Segundo Paulo Lôbo (**Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991), as condições gerais dos contratos constituem categoria distinta do negócio jurídico, mesmo quando incorporadas aos contratos individuais. “Constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o predisponente e o respectivo aderente” (p. 24). A predisposição é unilateral porque não se origina de acordo ou negociação prévia, e sua eficácia depende da integração ao negócio jurídico contratual quando este se individualiza e se conclui. “Quando são editadas referem-se a um contrato padrão, idealizado, e a um contratante médio. Quando cada destinatário se individualiza ou se determina, conclui-se o contrato, que adere às condições gerais” (p. 26). Assim, “a relação existente entre condições gerais e contrato de adesão é, respectivamente, de conteúdo e continente, de matéria e instrumento de eficácia. O contrato de adesão é o instrumento que concretiza os efeitos das condições gerais” (p. 38). Destaca, ademais, que em um mesmo contrato pode haver condições gerais e cláusulas negociadas: “as condições gerais podem ser inseridas em contratos de conteúdo negociado, e somente na parte relativa a elas pode ser o contrato considerado de adesão (adere a determinada condição geral)” (p. 39). Localizando as condições gerais nos planos do mundo jurídico, o autor observa que elas nele adentram quando passam a ser conhecidas, com a sua publicidade (plano da existência). Válidas, por sua vez, são as condições gerais que não forem consideradas abusivas, não se aplicando, entretanto, as hipóteses de anulabilidade, pois no caso não se analisam os vícios de vontade. Por último, a eficácia das condições gerais dá-se com a sua integração ao contrato individual: “as condições gerais podem existir, ser válidas e nunca produzir efeitos se nenhum contrato de adesão vier a ser concluído” (p. 36). Finaliza advertindo que a definição de contrato de adesão prevista no art. 54, do Código de Defesa do Consumidor (“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham

dúvida de que todos os seus caracteres resultam na fragilidade de um dos contratantes: a) uniformidade e abstração das cláusulas (contratos *standard*); b) as cláusulas são predeterminadas e se destinam a uma série indefinida de contratações; c) prepondera a vontade de um dos contratantes, não se admitindo discussão dos termos contratuais.

Um dos contratantes limita-se a aceitar em bloco (na maioria das vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas que foram unilateral e uniformemente elaboradas pelo outro contraente, não havendo, assim, uma fase pré-negocial decisiva, um debate prévio acerca das cláusulas contratuais.

Com a proliferação dessa forma de contratar, também a liberdade de escolher o outro contratante afigura-se bastante limitada, pois muitas das vezes não existem variações significativas entre os contratos elaborados pelos predisponentes. Por conseguinte, também é relativizada a liberdade do indivíduo de escolher se contrata ou não, sobretudo quando se trata da aquisição de bens necessários à própria sobrevivência.

A realidade dos contratos de adesão evidencia, assim, a conclusão acerca da discrepância entre as partes contratantes, já que somente uma delas tem o poder de estabelecer as cláusulas que farão parte do instrumento contratual, sendo suprimida à outra parte a possibilidade de escolher o conteúdo do contrato, o outro parceiro negocial, e até mesmo se contrata ou não<sup>116</sup>. Deixa patente, ainda, a inadequação do modelo contratual clássico – baseado na autonomia da vontade/liberdade contratual e na noção de igualdade entre os contratantes –, que desconsiderava a disparidade do poder negocial.

É justamente essa disparidade que legitima a imposição de medidas de tutela ao contratante vulnerável, sendo inequívoca a desigualdade entre os contratantes, que, embora

---

sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”) confunde os conceitos de contrato de adesão propriamente dito e de condições gerais.

<sup>116</sup> Para Orlando Gomes (**Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 117-120) o que caracteriza o contrato de adesão é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido; como acontece com aquele que precisa viajar utilizando-se de determinado meio de transporte, e terá de submeter-se às condições estipuladas pela empresa transportadora, pois não lhe resta outra possibilidade de realizar o intento. Defende o autor que para haver contrato de adesão não basta que a relação jurídica se forme sem prévia discussão, pois a predominância eventual de uma vontade sobre a outra não constitui novidade, haja vista que sempre que uma parte se encontra em relação à outra numa posição de superioridade é normal que queira impor sua vontade, estabelecendo as condições do contrato. Como já salientado no presente estudo, a compreensão doutrinária acerca do contrato de adesão varia de acordo com a característica realçada pelo autor, seja ela a unilateralidade, a uniformidade, ou a prevalência da vontade de uma das partes. Entendemos, entretanto, que todos esses elementos caracterizam a contratação por adesão e servem para demonstrar a fragilidade de um dos contratantes, o que, por conseguinte, legitima o tratamento diferenciado que a legislação lhe oferta.

outrora tenha sido desconsiderada, “se transformou em um ponto de referência para a imputação de efeitos jurídicos da maior importância”<sup>117</sup>.

O poder contratual dominante transparece pela predisposição de verdadeiras regras, postas no mercado de consumo por quem detém o poder de fornecer os produtos e serviços de que as pessoas necessitam. Essas necessidades, além de envolver aquelas vitais, como alimentação, vestuário, medicamentos, serviços médicos etc., abarcam outras, as denominadas necessidades induzidas, ou seja, aquelas lançadas na mente das pessoas através de todo o aparato publicitário, transformando em inevitável aquilo que não seria nem real nem vital, sendo essa mais uma causa da vulneração do consumidor.

O direito consumerista também se preocupa com essa criação de necessidades fomentada pela publicidade, e por todos os artifícios que o fornecedor utiliza para que sejam impostas ao consumidor, impulsionando-o à aquisição de produtos e à contratação de serviços.

Os consumidores são diuturnamente atraídos por produtos e serviços que se infiltram em suas residências através dos meios de comunicação social, sem que lhes seja ofertada a possibilidade de conhecer as particularidades dos produtos, as condições de contratação, ou de participar da elaboração do instrumento contratual. Na ânsia de prover a exigências pessoais e/ou familiares – portanto sob pressão da necessidade –, os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição da contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem os fornecedores, face à força de seu poder negocial<sup>118</sup>.

Os fornecedores se valem de toda uma técnica para aflorar necessidades, criar desejos, manipular manifestações de vontade e, assim, gerar indefinidas circunstâncias que poderão ter como resultado o maior consumo, podendo chegar, inclusive, a obrigar ao consumo de produtos ou serviços inadequados. Em decorrência disso, ressalta Paulo Valério Dal Pai Moraes<sup>119</sup> não ser mais o mercado que orienta a produção, mas a produção, por meio dos mecanismos de persuasão e *marketing*, que determina o que o mercado necessitará.

---

<sup>117</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 378.

<sup>118</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 02.

<sup>119</sup> Interessante destacar que Paulo Valério Dal Pai Moraes (**Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 144-155), procede a uma análise nos campos da neurofisiologia e da psicologia, por intermédio dos quais é possível conhecer um pouco da arquitetura cerebral e dos mecanismos que influem na tomada de

Vive-se na era do pegar ou largar, em que os consumidores, para satisfazer as suas necessidades, aceitam todas as condições que a eles são impostas, não possuindo qualquer poder de participar da elaboração do conteúdo contratual<sup>120</sup>, sendo o contrato o instrumento para que a parte mais forte possa fazer prevalecer sua vontade em relação ao outro pólo do vínculo negocial.

Desenham-se, assim, duas figuras contratuais, o fornecedor em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, e o consumidor, constrangido a suportar a vontade do outro contratante.

Além dessa evidente fragilidade, de antemão provocada pela predisposição dos termos contratuais por apenas um dos contratantes, inúmeras são as técnicas – muitas delas imperceptíveis, mascaradas – utilizadas pelos fornecedores para fragilizar ainda mais o seu parceiro negocial. Como muitas dessas técnicas são também utilizadas nos contratos de adesão comuns, é aqui relevante apresentá-las sinteticamente, o que serve para demonstrar, de modo claro, os elementos de vulneração de uma das partes dessas categorias contratuais, bem como a relevância e o sentido da tutela jurídica que lhes vem sendo ofertada:

a) utilização de disposições contratuais, bem como de material publicitário, em linguagem técnica, que impedem o consumidor de avaliar com segurança as possibilidades de cumprir o contrato. Exemplo disso é a simples menção, principalmente em contratos de financiamento bancário, à tabela *price*, ou a algumas siglas que corresponderiam a índices válidos na área bancária, sem que sejam expostos aos consumidores os seus reais significados, de modo que esses, no mais das vezes, não sabem o que estão contratando.

b) utilização de contratos extensos e complexos, onde são encontrados formulários repletos de remissões a cláusulas que estão em partes variadas do contrato, sendo esta uma forma de, efetivamente, dificultar o conhecimento dos preceitos, pela necessidade de execução de tarefa difícil, exaustiva e desestimulante;

c) utilização de formulários com múltiplos contratos conjugados, sob o argumento de que facilitam aos consumidores, porque não precisam assinar várias vezes,

---

decisões, a fim de demonstrar como os variados estímulos produzidos pelos apelos publicitários têm influência no mercado de consumo, criando necessidades no consumidor.

<sup>120</sup> Cabe aqui ressaltar que, embora o presente estudo refira-se repetidas vezes ao contrato como instrumento da relação de consumo, não se olvida de que não se impõe a configuração de um contrato para que possa ser reconhecida a existência de tal relação, uma vez que esta também ocorre entre o fornecedor e aquele que se utiliza de produtos ou serviços, ou que seja vítima de qualquer evento danoso gerado por fato do produto ou do serviço, sem que os tenha contratado diretamente, ou, ainda, todas as pessoas expostas às práticas comerciais previstas no CDC, conforme previsão expressa dos arts. 2º, 17, e 29, do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

quando, na realidade, tais estruturas são utilizadas para encobrir verdadeiras vendas casadas, nas quais o consumidor deve aderir em bloco a um grande número de cláusulas que, certamente, não serão lidas, simplesmente porque é impossível ler e entender contratos formulados desta maneira. Destaca Paulo Valério Dal Pai Moares que, certa feita, ao analisar um contrato como este o tempo gasto foi de mais de cinco horas ininterruptas, “o que foi feito propositalmente para evitar que eventual dispersão prejudicasse a lembrança de todas as remissões que eram feitas reciprocamente aos seis ‘pactos’ que estavam conjugados”<sup>121</sup>;

d) o conteúdo das cláusulas é estabelecido unilateralmente, sem a participação do outro contratante, não sendo permitida a inclusão ou exclusão de cláusulas. Eis aqui um traço marcante da contratação em massa, que propiciou o uso de condições gerais dos contratos, caracterizadas principalmente pela predisposição unilateral, generalidade e uniformidade, abstração e inalterabilidade, tendo como caracteres complementares, conforme elenca Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>122</sup>, a complexidade técnica dos termos empregados, a difícil cognoscibilidade do conteúdo, a rapidez ou instantaneidade das transações, e a necessidade de consumo dos destinatários;

e) o consumidor é bombardeado pela propaganda, que tem como objetivos incutir uma idéia na mente da massa, criar o desejo pela coisa anunciada e levar a massa ao ato de comprar<sup>123</sup>. Some-se a isso as necessidades contemporâneas, que somente podem ser

<sup>121</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 227.

<sup>122</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 27.

<sup>123</sup> Quanto a esse aspecto, releva destacar o estudo feito por Armando Sant’Anna (**Propaganda: Teoria, Técnica e Prática**, 7. ed., São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002, pp. 85-98), ao apresentar o trabalho realizado pela publicidade, que cataloga as mais íntimas necessidades humanas para a obtenção de um melhor resultado publicitário, tais como, ambição, amor à família, aparência pessoal, apetite, aprovação social, atividade, atração sexual, beleza, conformismo, conforto, cultura, curiosidade, economia, evasão psicológica, impulso de afirmação, segurança, saúde. O autor denomina esse trabalho publicitário de *psicologia da publicidade*, que se baseia na existência de uma necessidade que pode ser despertada por um estímulo, tendo como objetivo fazer com que o indivíduo tenha consciência dessa necessidade. O estímulo é repetido tantas vezes, que é introjetado na psique humana, criando uma representação voraz. “A publicidade provocando as emoções nos indivíduos cuida de impulsionar seus desejos latentes com tanta força, que eles se sentem impelidos a trabalhar para satisfazê-los” (p. 85). Segundo o autor, a ação psicológica dos componentes de um anúncio são as seguintes: a) atrair a atenção (o anúncio deve ser visto); b) despertar o interesse (o anúncio deve ser lido); c) criar a convicção (o anúncio deve ser acreditado); d) provocar uma resposta (o anúncio deve levar à ação); e) fixar na memória (a coisa anunciada deve ser lembrada). O anúncio deve, portanto, despertar o desejo pelo produto anunciado; ele deve “deter, informar, impressionar e impelir (à ação)” (p. 157). “É mais fácil seduzir do que transmitir uma informação. Neste caso há resistências. Requer-se tempo e dinheiro [...]. Em conseqüências, tanto o publicitário como seu público cedem à tentação de encontrar o caminho mais fácil: entabulam relações de sedução e as chamam de relações lógicas. O publicitário não quer admitir que está confeccionando um feitiço e o público não quer confessar que compra fascinado por isto. [...] Dá as vantagens de uma máquina, mas não menciona o custo de manutenção dela. Sem embargo, em razão das omissões e do que elas significam, é que o anúncio é uma sedução” (p. 189). Também discorrendo acerca do poder persuasivo da publicidade, Stephen A.

satisfeitas pela aquisição de produtos e serviços, vivendo o ser humano na contingência de ter de ser consumidor.

f) termos contratuais dispostos em caracteres minúsculos, com espaçamento mínimo entre as palavras;

g) exclusão, ao longo do instrumento contratual, de benefícios inicialmente previstos nas primeiras cláusulas, o que ocorre também na publicidade televisiva e nos panfletos publicitários, onde se dá um enorme enfoque ao benefício, e, ao revés, limita-o extremamente através da nota minúscula, muitas das vezes ilegível, que aparece no canto da tela ou no rodapé do folheto, a exemplo do que se pôde constatar em pesquisa de iniciação científica<sup>124</sup>, na qual se procedeu à análise de demanda em que a consumidora se insurgia contra uma editora de revistas que havia divulgado promoção pela qual quem assinasse o periódico receberia um aparelho de telefone celular gratuitamente, vindo a consumidora a descobrir, na ocasião do recebimento do aparelho, que deveria pagar 12 parcelas mensais no valor de R\$ 45,00, o que não era por ela conhecido, já que tal pagamento somente estava previsto no minúsculo regulamento que constava do encarte da promoção;

h) remissão a documentos arquivados em cartórios de registro de títulos e documentos;

i) utilização de conceitos vagos e indeterminados, como, por exemplo, as cláusulas que excluem a cobertura de acidentes causados pela prática de esporte de “alto risco”, abertura esta que possibilita o arbítrio do fornecedor;

j) utilização de cláusulas prevendo que os preços dos serviços serão estabelecidos posterior e unilateralmente pelo fornecedor, a partir de critérios não conhecidos pelo consumidor;

k) contratos realizados fora do estabelecimento comercial, como as vendas à distância, vendas em domicílio ou porta a porta. “Por vezes o produto é remetido diretamente, de maneira impositiva, atingindo o consumidor na sua privacidade e criando uma sensação de débito, que culmina com a efetiva aquisição do bem”. Grande parte dessas vendas é realizada

---

Greyser (Uma análise das críticas aos impactos sociais da publicidade e uma explicação geral sobre o poder da publicidade. **Coleção Harvard de Administração**. São Paulo: Nova Cultural, 1986) afirma que “o objetivo de toda publicidade é influenciar o pensamento ou a compra de alguém” (p. 90). Para o autor, embora muitos críticos sociais tentem separar os aspectos persuasivos da publicidade dos aspectos informativos, para fins analíticos, ainda que se use uma maior ou menor quantidade de informação o objetivo é sempre o mesmo (p. 90).

<sup>124</sup> **Investigação crítica acerca da efetiva aplicação pelos juízes alagoanos dos princípios de proteção ao consumidor**. Processo n.º 1922/01, que tramitou no 1º Juizado Especial Cível e Criminal das Relações de Consumo em Maceió/AL. Data da decisão: 04.11.2003.

por correspondência, por meio de catálogos, prospectos, anúncios, e delas podem decorrer problemas de várias ordens: i) decidindo por meio de simples fotografias ou descrições, o consumidor corre o risco de receber um objeto que não corresponde exatamente àquilo que ele esperava; ii) em caso de defeito do objeto adquirido, o comprador pode experimentar certas dificuldades para fazer valer seus direitos contra um vendedor distante<sup>125</sup>;

l) utilização de cláusulas abusivas, a teor das dispostas, exemplificativamente, no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, como aquelas que autorizem o fornecedor a modificar de forma unilateral o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (inciso XIII). São abusivas as cláusulas que “atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual”. O predisponente aproveita-se de seu poder contratual dominante para exonerar-se de responsabilidades ou limitá-las, “para atenuar obrigações ou facilitar a execução a seu cargo, ou – na perspectiva do aderente – para agravar ônus e deveres, estabelecer prazos injustos, inverter ônus da prova, enfim, desequilibrar a seu favor o regulamento contratual”<sup>126</sup>;

m) utilização de práticas abusivas, como as previstas, de modo não taxativo, no art. 39, do Código de Defesa do Consumidor.

n) utilização de publicidade enganosa ou abusiva. Observe-se que, mesmo lícita a publicidade, porque configuradas as condições previstas no art. 36, do Código de Defesa do Consumidor, “seus mecanismos de atuação possuem forte potencial de vulneração ao consumidor, sendo, portanto, uma realidade que deve sempre ser considerada pelo sistema jurídico e pelo aplicador da lei, quando da resolução do caso concreto”<sup>127</sup>.

Além de todos estes recursos de que dispõe o fornecedor, também demonstra a sua superioridade o fato de estar no exercício de atividade habitual<sup>128</sup>, o que lhe outorga

<sup>125</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 239.

<sup>126</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 155.

<sup>127</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 275.

<sup>128</sup> Jorge Mosset Iturraspe (**Defensa Del Consumidor**. 1. ed. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 55), destaca que a comercialização de produtos e serviços é a “[...] profesión habitual dos fornecedores, es su tarea, su oficio y su negocio [...]”. Assim, “[...] la ‘profesionalidad’ otorga habilidad o destreza en el tráfico, otorga conocimientos acerca de cómo se debe actuar, qué se debe ofrecer, de qué modo hacer atractiva la oferta, cómo emplear provechosamente la publicidad, de qué modo ‘crea una necesidad’, hacer sentir a otros que algo les falta y que lograrlo hace a la felicidad”.

habilidade, conhecimentos acerca de como deve atuar, o que deve oferecer, de que modo criar uma necessidade.

Diante de tais elementos, resta evidenciado o contexto de desigualdade em que se perfazem as relações contratuais aqui examinadas. Servem eles para demonstrar as bases racionais<sup>129</sup> em que se funda a proteção ao contratante vulnerável, e que deram origem ao reconhecimento de sua vulnerabilidade.

Não se situam, portanto, no plano da mera abstração, onde se argüi a falta ou limitação da autodeterminação do aderente/consumidor como justificativas para o especial regime a que estão sujeitos. Tais circunstâncias permitem descortinar os fatores distintivos dessas formas de contratar, que levam a qualificar a situação do aderente/consumidor como de típica inferioridade contratual.

---

<sup>129</sup> Expressão utilizada por Thierry Bourgoignie (A política de proteção do consumidor: desafios à frente. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 41, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002, p. 31).

CAPÍTULO III

**ESTUDO SISTEMÁTICO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NA  
LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

3.1. A discussão em torno da natureza da presunção legal de vulnerabilidade. 3.2. A necessária distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. 3.3. A estrutura legislativa de proteção ao contratante vulnerável e as espécies de vulnerabilidade: os principais direitos e garantias previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. 3.3.1. Vulnerabilidade técnica. 3.3.2. Vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade econômica.

**3.1. A discussão em torno da natureza da presunção legal de vulnerabilidade.**

A natureza da presunção legal de vulnerabilidade é questão ainda pouco discutida na doutrina, e que vem sendo manejada irrefletidamente pela jurisprudência, sobretudo quando se trata da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O assunto ganha importância porque não se subsume a discussões meramente teóricas, pois enseja grandes repercussões práticas, que se não forem bem demarcadas refletem negativamente na esfera da defesa do contratante vulnerável, contrariando os fins da legislação protetora.

Discute-se, nesse contexto, se a presunção de vulnerabilidade de um dos contratantes possui caráter absoluto ou relativo.

Para parcela da doutrina, a distinção fraco/forte possui contornos completamente diversos no direito público e no direito privado. De acordo com essa distinção, na lógica do direito público, e especialmente dos direitos fundamentais, o *fraco* são todos os indivíduos e o *forte* é o Estado, numa situação jurídica que se apresenta clara e estática. Já na lógica do direito privado, o *fraco* é aquele que sofre de uma desigualdade fática, mas essa desigualdade pode ter causas múltiplas, podendo ocorrer com qualquer

indivíduo. Tentar introduzir, no direito privado, uma distinção clara e estática entre fortes e fracos, nos moldes da distinção existente na ordem constitucional, tratando *sempre* o empregador, o vendedor e o locador como fortes e o empregado, o comprador e o locatário como fracos, “tem como conseqüência alterar gravemente a maleabilidade indispensável ao direito privado”, distorcendo o conceito de boa-fé e politizando as relações privadas<sup>130</sup>.

Com base nessa compreensão, não se poderia presumir uma desigualdade entre determinados contratantes, haja vista que esta somente seria aferível no caso concreto, sob pena de se engessar as relações privadas.

Realmente, o reconhecimento da vulnerabilidade de um dos contratantes advém do exame das circunstâncias fáticas que envolvem as relações contratuais firmadas na atualidade. Tais circunstâncias não são uniformes a todos os relacionamentos contratuais, contudo, isso não implica dizer que da análise delas não se possa inferir, com razoável probabilidade, que se estendam a inúmeras situações jurídicas entre particulares, a permitir que se presuma que essas relações possuem as mesmas características, e, por conseguinte, devem ser tratadas da mesma forma.

Assim, embora não seja possível o estabelecimento de uma distinção estática entre contratantes fortes e fracos, dada a variabilidade das relações contratuais, nada impede que, diante de determinadas circunstâncias fáticas comuns a tais relações, o legislador possa presumir a fragilidade de um dos contratantes, ofertando-lhe tratamento jurídico diferenciado.

Não estão em causa, portanto, debilidades de sujeitos singulares, por razões pessoais ou situacionais específicas, mas a sujeição, por causas estruturais, de certas categorias de contraentes, definidas em abstrato – mas com fundamento em fatores concretos –, ao poder contratual de outras categorias de sujeitos<sup>131</sup>.

A vulnerabilidade considerada como justificção para a defesa de determinadas categorias de contraentes não pode ser vista de forma equivocada como descrição das características específicas das pessoas tuteladas, mas, sim, das circunstâncias em cuja presença as relações jurídico-contratuais por elas desenvolvidas, de fato e tipicamente, surgem.

---

<sup>130</sup> Tal compreensão é apresentada por Virgílio Afonso da Silva (**A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 74), ao tratar dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, apresentando o entendimento de Suzette Sandoz, tratado no texto *Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion*. **Revue Suisse de Jurisprudence** 83, 13 (1987), pp. 21-216.

<sup>131</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 54-55.

“Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre provas seriam desaconselhadas, concebe-as ele como presunções inelidíveis, irrefragáveis”<sup>132</sup>. A presunção surge, portanto, “daquilo que ordinariamente acontece”<sup>133</sup>: não se cogita da demonstração cabal de uma relação de causalidade entre dois fatos que ordinariamente se sucedem, bastando a mera observação empírica dessa relação constante de encadeamento entre eles.

Confia-se razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre determinado fato-base e o fato presumido, “sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro”. Onde o legislador percebe que é maior a probabilidade de uma relação constante, ele estabelece as chamadas presunções absolutas<sup>134</sup>.

É o que ocorre com a presunção de vulnerabilidade: o ordenamento jurídico delimita o círculo de contraentes que carece de proteção, com o objetivo de neutralizar as conseqüências jurídico-negociais mais gravosas do exercício de poderes privados.

O legislador constrói a presunção e nela se apóia para impor as conseqüências jurídicas que entende convenientes, tornando irrelevante a discussão sobre o fato presumido.

Parte-se de um fato conhecido e, porque ordinariamente o fato relevante para a causa costuma acontecer sempre que aquele aconteça, o legislador dispensa-o de prova<sup>135</sup>.

Quando a lei consagra uma presunção absoluta, o que na verdade faz é tornar irrelevante, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito do esquema fático: estabelecendo uma presunção absoluta com relação à vulnerabilidade de um dos contratantes, a lei faz depender a produção dos efeitos jurídicos nela previstos somente da existência de uma relação-base.

---

<sup>132</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 357.

<sup>133</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113.

<sup>134</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115. Note-se, entretanto, que as presunções absolutas não se confundem com as ficções jurídicas. Embora, em última análise, trate-se de distinção apenas de valor teórico, haja vista serem semelhantes os resultados práticos, é relevante observar que, enquanto a presunção absoluta encontra uma de suas possíveis explicações na grande verossimilhança do fato presumido, a ficção implica, muito ao contrário, não só que o legislador se abstenha de ver o fato como provavelmente ocorrido, mas que se ache até consciente de que a verdade é o oposto, “quer dizer, admita que o fato não se haja verificado – para em seguida, apesar disso, determinar que se produzam os mesmos efeitos que se produziriam se o fato fosse verdadeiro” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 64-65). Segundo Pontes de Miranda (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 356), a ficção enche de artificial o suporte fático; e a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou aconteceu.

<sup>135</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

Essa regulamentação a nível privatístico está em perfeita consonância com o atual quadro constitucional, pois ao tempo em que o tratamento jurídico constitucional da pessoa procura garantir os espaços de liberdade indispensáveis ao desenvolvimento e à realização pessoal de cada um, não deixa de atender às necessidades de tutela do sujeito deficitário, “predispondo adequados mecanismos de contenção e de compensação, contra poderes e riscos a que ele está exposto”<sup>136</sup>.

Como visto, a concepção clássica de contrato era indiferente ao problema da disparidade do poder contratual. Entretanto, na atualidade a identificação de uma dada relação contratual como um contrato de adesão, por exemplo, implica reconhecer a disparidade de poder negocial entre o predisponente e o aderente, e, nesta medida, impõe ofertar a este último um tratamento diferenciado: “conclui-se que, como consequência das mutações da teoria contratual, o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável”<sup>137</sup>.

Contudo, percebe-se uma certa confusão na jurisprudência, que não tem delimitado corretamente as categorias contratuais, o que implica na equivocada identificação da norma de regência. É o que ocorre, por exemplo, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial no qual se discutia a abusividade de cláusula de eleição de foro. No caso<sup>138</sup>, concluiu o STJ que “a simples existência de contrato de adesão não garante, automaticamente, a posição de inferioridade da empresa aderente”.

Além de entender que a fragilidade deve ser aferida no caso concreto, o Tribunal confunde os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, e ainda os reduz ao aspecto meramente econômico: “o fato de a montadora de veículos ser empresa de maior porte do que a concessionária e o contrato ser de adesão não outorga a esta, automaticamente,

---

<sup>136</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 55. Nesse contexto, importa advertir que, ainda que se presuma a vulnerabilidade de um dos contratantes, não se olvida da possibilidade de abusos que este venha a cometer. Para tanto, o Código Civil prevê a figura do abuso de direito (art. 187), estabelecendo que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites opostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>137</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 383.

<sup>138</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 167.516-PR. Recorrente: General Motors do Brasil Ltda. Recorrido: Automec Veículos Ltda. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 15 de março de 2007. **Diário de Justiça**, 02.04.2007, p. 273.

a qualidade de hipossuficiente, necessária à declaração de nulidade da cláusula de eleição de foro<sup>139</sup>.

De início, o que se percebe é que o Tribunal não distingue os contratos de adesão regulados pelo Código Civil daqueles regidos pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>140</sup>, utilizando a existência de hipossuficiência/vulnerabilidade como critério para a definição da norma que será aplicável: entende o STJ que, se um dos contratantes é hipossuficiente/vulnerável, há relação de consumo, sendo-lhe aplicável o disposto no CDC. Nesse sentido, seja nos contratos de adesão comuns seja nos contratos de adesão de consumo, a fragilidade de um dos contratantes é verificada caso a caso, devendo ser provada pela parte que a suscita.

Como parte do pressuposto de que a vulnerabilidade do consumidor deve ser provada, para que, em decorrência disso, perfaça-se a relação de consumo, e seja aplicado o Código de Defesa do Consumidor (notadamente quando nos dois pólos negociais figuram pessoas jurídicas), o STJ vem estendendo essa interpretação aos contratos de adesão firmados sob a égide do Código Civil, no sentido de que, somente se restar demonstrada a hipossuficiência/vulnerabilidade de um dos contratantes, é que merece ser aplicada a norma protetora do aderente.

Tal interpretação, contudo, distorce o sistema de proteção do contratante vulnerável, afrontando toda a estrutura legal de defesa, e bem assim as bases sob as quais esta se funda.

Conquanto o texto legal não seja expresso em enunciar (até porque prescindível, já que não cabe à lei se imiscuir em detalhes a que o próprio sistema cuida de oferecer respostas), uma interpretação sistemática da disposição contida no art. 4º, I, do CDC, é suficiente para denotar a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor, pois faz emergir a melhor significação, dentre as possíveis, a esse enunciado prescritivo, fixando-lhe

---

<sup>139</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 167.516-PR. Recorrente: General Motors do Brasil Ltda. Recorrido: Automec Veículos Ltda. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 15 de março de 2007. **Diário de Justiça**, 02.04.2007, p. 273.

<sup>140</sup> No Recurso Especial n.º 415.150-PE, o Ministro Relator, Massami Uyeda, proferiu voto nos seguintes termos: “(...) anota-se, por primeiro, ser entendimento assente nesta c. Corte em uniformização jurisprudencial que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão é, em princípio, válida, desde que não verificadas, a necessária liberdade para contratar (ausência de hipossuficiência) e a não inviabilização do acesso ao Poder Judiciário. Nessas circunstâncias, referido contrato ganha contornos de matéria de ordem pública, sob a égide, portanto, do Código de Defesa do Consumidor.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 415.150-PE. Recorrente: Banco Ford S/A. Recorrido: UNAVEL – Uma Veículos e Peças Ltda. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02 de agosto de 2007. **Diário de Justiça**, 27.08.2007, p. 256.).

um alcance a partir da conformação teleológica na solução dos casos concretos, fazendo com que o conteúdo normativo atinja a sua máxima efetividade.

Dentro desses parâmetros, o reconhecimento de que o consumidor é a parte mais frágil na relação de consumo não deve partir de uma consideração discricionária do intérprete, pois esse está vinculado à finalidade da lei, que, no caso, consiste na proteção do presumidamente vulnerável, sendo essa presunção absoluta, pois somente assim será consolidado o princípio isonômico, alcançando-se o equilíbrio entre as partes.

Ao estatuir o princípio da vulnerabilidade do consumidor, dispõe o CDC (art. 4º, I) que a Política Nacional das Relações de consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, atendido o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. A Lei reconhece, pois, que o consumidor é vulnerável. Basta ser consumidor para ser considerado como tal. Não fosse vulnerável, desnecessária seria a edição de todo um conjunto normativo com vistas à sua proteção.

A vulnerabilidade não é pressuposto para a caracterização da figura do consumidor, ou seja, não é utilizada como parâmetro subjetivo para a identificação da relação de consumo: se vulnerável é consumidor; mas pelo contrário, se consumidor, é vulnerável. Isso ocorre porque a relação de consumo já é delimitada pelos arts. 2º e 3º, do CDC, c/c os arts. 17 e 29 (consumidores equiparados), do mesmo diploma, que trazem os conceitos de consumidor e fornecedor. Assim, identificada a figura do consumidor de acordo com o que estabelecem esses dispositivos, é inafastável o reconhecimento de sua vulnerabilidade, na forma do que prevê o art. 4º, I, do CDC.

Todos os consumidores são vulneráveis, pouco importando, para a sua caracterização, a situação econômica, a classe social, ou o grau de instrução do consumidor específico.

Com base em aspectos objetivos, consubstanciados na real fragilidade do consumidor, a lei prevê que a vulnerabilidade é característica inerente a todos os consumidores, e é justamente por isso que se sentiu a necessidade de uma legislação que o protegesse.

Nesse cenário, a vulnerabilidade não se constitui em requisito para a caracterização da figura do consumidor, como entendem alguns autores.

Segundo Cláudia Lima Marques<sup>141</sup>, em princípio, estão submetidos às regras do Código de Defesa do Consumidor os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, o qual pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.

Assim, segundo a autora, a regra é a exclusão *ab initio* do profissional da proteção do Código, mas as exceções virão através da ação da jurisprudência, que em virtude da vulnerabilidade do profissional, aplicará as regras protetivas do CDC. Destaca que o destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando o bem, utilizando-o para oferecê-lo por sua vez ao cliente, o consumidor.

De fato, uma interpretação simplista e literal do conceito de *destinatário final* levaria a uma ampliação inaceitável do conceito de consumidor, estendendo a proteção a todas as espécies de contrato, e, por conseguinte, tornando-a inócua e desvinculada da idéia de equilíbrio.

Sempre que o bem ou serviço objeto do contrato se constituir em elemento essencial da cadeia de produção, agregando diretamente valor ao produto ou serviço, estará afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhe aplicáveis as normas reguladoras dos contratos comuns, inclusive aquelas que protegem o aderente, previstas no Código Civil, caso se trate de um contrato de adesão.

Nessa perspectiva, a compreensão de vulnerabilidade não é requisito para a definição de consumidor, e, por conseguinte, para a caracterização do contrato de consumo e aplicação do CDC. Demonstrado que uma das partes não adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, nos termos acima expostos, desnecessário o questionamento acerca de sua vulnerabilidade – como requisito para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor –, pois, a partir dessa constatação, não há mais que se falar em contrato de consumo, sendo-lhe distinta, portanto, a norma de regência.

---

<sup>141</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 280.

Por outro lado, quando se trata de relação em que uma das partes adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, seja ela pessoa física ou jurídica (CDC, art. 2º), impõe-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (CDC, art. 4º, I).

Desse modo, não se cuida de “tratar o profissional de maneira ‘equivalente’ ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua *vulnerabilidade*, que levou ao desequilíbrio contratual”<sup>142</sup>. A vulnerabilidade prescinde ser provada no caso concreto, pois a lei a presume para um dos contratantes da relação de consumo, e é justamente com base nessa presunção que se tem construído todo um sistema de proteção ao contratante vulnerável.

No caso de uma sociedade empresária que contrata serviço de transporte aéreo de malotes<sup>143</sup>, por exemplo, em que tal transporte não se relaciona diretamente com a atividade econômica por ela desenvolvida, não fazendo parte da cadeia de produção do produto ou de prestação do serviço, caracterizando-se, portanto, em relação de consumo nos moldes do art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, desnecessária é a aferição de sua vulnerabilidade no caso concreto, como condição para que seja aplicado o CDC.

Tratando-se de relação de consumo, observam-se todos os ditames da legislação protetiva, não sendo necessário, para tanto, que a referida sociedade demonstre, por exemplo, que, de fato, não possuía conhecimentos técnicos suficientes acerca de como o serviço seria prestado, de como o transporte seria fornecido, ou de como os objetos seriam embalados.

A lei impõe que, em se tratando de relação de consumo, seja prestada pelo fornecedor uma informação adequada e clara sobre o produto ou serviço, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (CDC, art. 6º, III). Basta ser uma relação de consumo, para que ao

---

<sup>142</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 276.

<sup>143</sup> Em julgamento proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 07.02.2006, entendeu-se que restou caracterizada a relação de consumo entre empresa prestadora de serviço de transporte aéreo de malote e o Banco do Brasil, considerando este como destinatário final, e, inclusive, estendendo a proteção à vítima que teve a sua casa atingida pela queda da aeronave, como consumidora equiparada. O acórdão foi assim ementado: “(...) I – Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, ‘... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’” (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 540.235-TO. Recorrente: Emílio Athiê. Recorrido: Oliveira Silva Táxi Aéreo Ltda. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 07 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça**, 06.03.2006, p. 372)

fornecedor sejam impostas tais obrigações, sendo desnecessário que o outro contratante demonstre que não teria conhecimentos técnicos suficientes acerca do serviço contratado.

O mesmo ocorre quanto aos contratos de adesão regidos pelo Código Civil. Presumindo a lei que o aderente é a parte mais fraca da relação contratual, não se discute a sua vulnerabilidade no caso concreto, aplicando-se à relação o disposto na norma protetiva<sup>144</sup>.

Portanto, reconhecendo o ordenamento jurídico a vulnerabilidade de um dos contratantes, e, por conseguinte, a desigualdade nas relações contratuais por eles firmadas, oferece-lhes tratamento diferenciado, cuja produção de efeitos somente depende da configuração da relação jurídica base previamente definida pela lei, sendo desnecessária, portanto, a prova da vulnerabilidade, pois presumida.

### 3.2. A necessária distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência.

A efetividade das normas de proteção ao contratante vulnerável vem sofrendo prejuízo diante da confusão que se tem feito entre os conceitos de vulnerabilidade (CDC, art. 4º, I) e hipossuficiência (CDC, art. 6º, VIII).

Embora distintos, tais conceitos estão sendo erroneamente manejados como sinônimos, como se exigissem do intérprete o mesmo exame. Não raras vezes, seja na doutrina ou na jurisprudência, o conceito de vulnerável é confundido com o de hipossuficiente<sup>145</sup>, o que tem gerado grande número de decisões destoantes dos ditames da proteção ao vulnerável, em prejuízo de sua efetividade.

---

<sup>144</sup> Sendo o contrato de adesão, presume a lei uma disparidade de poder contratual entre o predisponente e o aderente, seja este pessoa física ou jurídica. Desse modo, não nos filiamos ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a simples existência do contrato de adesão não garante, automaticamente, a posição de inferioridade à empresa aderente”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 167.516-PR. Recorrente: General Motors do Brasil Ltda. Recorrido: Automec Veículos Ltda. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 15 de março de 2007. **Diário de Justiça**, 02.04.2007, p. 273.).

<sup>145</sup> Veja-se como exemplo a lição de Cláudia Lima Marques, na 2ª edição de sua obra **Contratos no Código de Defesa do Consumidor** (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 284), que ao elencar os elementos que levam à presunção de vulnerabilidade do consumidor, conclui que esses caracterizam a sua hipossuficiência: “o incremento da vida contratual, a massificação dos contratos [...], a concentração de capitais e de força econômica e os monopólios na nova sociedade de consumo, levaram a um desequilíbrio marcante nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores, exigindo uma ação protetora do Estado para com os parceiros contratuais hipossuficientes”. Note-se que na 4ª edição da obra (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 590) a autora corrige o equívoco, e substitui o termo “hipossuficientes” pelo termo “vulneráveis”. Ainda na doutrina, Luiz Edson Fachin, que ao prefaciar o livro de Antônio Carlos Efig (Fundamentos do direito das relações de consumo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004), afirma que a relação dessemelhante entre consumidores e fornecedores é “fruto da hipossuficiência dos primeiros”, quando deveria tratar da vulnerabilidade. Também

O conteúdo normativo precisa ser compreendido por aquele que o manipula, sendo crescente a importância da distinção entre as categorias que o aplicador do direito utiliza. A necessidade de uma distinção precisa não surge em face da existência de diversas denominações para determinada categoria jurídica, mas decorre da necessidade de diferentes designações para diversos fenômenos, a exemplo dos conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência. “Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto”<sup>146</sup>.

E assim ocorre com a vulnerabilidade e a hipossuficiência, cujos conceitos denotam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas.

Todos os consumidores são vulneráveis, porém nem todos são hipossuficientes. Enquanto a condição de vulnerabilidade não se questiona nem necessita de prova, estando o intérprete vinculado a essa presunção legal, o Código de Defesa do Consumidor prevê que o magistrado avalie a condição de hipossuficiente<sup>147</sup> *segundo as regras ordinárias de experiências*, sendo esse um dos requisitos para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

---

serve como exemplo a decisão do magistrado carioca, Rogério de Oliveira Souza, que ao tomar vulnerabilidade como hipossuficiência afere aquela no caso concreto: “O art. 4º, I, do CDC estatui que um dos princípios reitores da ‘política nacional das relações de consumo’ é o ‘reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo’. Logo, se o consumidor, por suas condições intrínsecas (sociais, econômicas e jurídicas), não se apresenta como ‘vulnerável’, não há de receber o beneplácito legislativo da comodidade probatória [...]” (Decisão publicada na Revista da AMAERJ – Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, em dez. 2000, e citada por Cristina Tereza Gaulia, no artigo A inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2001, p. 88).

<sup>146</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16-17.

<sup>147</sup> Desde a edição do CDC, vem sendo discutida a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor sem que seja avaliada a sua hipossuficiência no caso concreto. Para parcela da doutrina, hesita-se em sufragar tal interpretação em face do receio de se diminuir a margem de discricionariedade do julgador, daí porque se oferece uma interpretação meramente literal ao art. 6º, VIII, daquele diploma legislativo. Defende Cristina Tereza Gaulia (A inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2001, p. 88) que o consumidor, quando em juízo, tem automaticamente garantida a modificação do encargo probatório a seu favor, militando igualmente em seu prol a presunção de verossimilhança das alegações e hipossuficiência. Para a autora, “[...] o entendimento contrário vem ao arripio dos princípios informativos do sistema de proteção ao consumidor inaugurado pela Lei 8.078/90 [...]”. Em sentido contrário posiciona-se Paulo Valério Dal Pai Moraes (**Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 108-109), ao lecionar que se em todas as demandas fosse invertido o ônus da prova em favor do consumidor, seriam geradas injustiças e desigualdades inaceitáveis, podendo surgir situações em que o consumidor, não obstante vulnerável (condição inafastável de todos os consumidores), teria melhores condições de produzir a prova, e, ainda assim, se beneficiaria da inversão, em prejuízo do fornecedor, estando ferido o princípio do equilíbrio.

A hipossuficiência relaciona-se à possibilidade real de o consumidor poder se desincumbir do fardo probatório. Partindo-se da concepção de que o consumidor é a parte mais frágil da relação de consumo, verifica-se que este nem sempre disporá dos meios necessários à prova de suas alegações, estando o fornecedor mais capacitado para a produção da prova, existindo hipóteses em que seria até mesmo impossível para o consumidor produzi-la. Assim, para efetivar o mandamento constitucional de proteção ao consumidor, o CDC impõe que, presentes os requisitos previstos em seu art. 6º, VIII, o magistrado inverta o ônus da prova.

Além de decorrer de um imperativo constitucional, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um dos consectários do que vem sendo denominado pela doutrina de processo civil de resultados, que, por sua vez, oferece contornos à chamada teoria dinâmica do ônus da prova<sup>148</sup>, segundo a qual o *onus probandi* deve recair sobre a parte que esteja em melhores condições de produzir a prova, entendendo-se como tal aquela “que ocupa uma posição privilegiada ou destacada com relação ao material probatório quando comparado com seu adversário”, ou seja, em função do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, ou por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, ou por qualquer outro motivo relevante, está a parte em melhor posição para revelar a verdade “e seu dever de colaboração se acentua ao ponto de se lhe atribuir o ônus da prova que, segundo as regras clássicas, não teria”<sup>149</sup>.

Assim, como requisito para a inversão do ônus da prova, a hipossuficiência relaciona-se à verificação da real possibilidade de o consumidor produzir a prova dos fatos por ele alegados. Desse modo, impõe-se avaliar se tal produção é para ele extremamente difícil, ou se não dispõe de nenhum meio de prova que seja capaz de demonstrar a veracidade dos fatos trazidos aos autos, o que permite ao julgador proceder à inversão, advertindo o fornecedor de que terá o ônus de provar que a alegação do consumidor não é verdadeira.

---

<sup>148</sup> Segundo Alexandre Freitas Câmara (Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 31, São Paulo: Dialética, out. 2005, p. 14), a teoria dinâmica do ônus da prova tem origem remota na clássica obra de Jeremias Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales* (1823), pelo qual o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, à parte que a possa produzir com menos inconvenientes, ou seja, com menos dilações, vexames e gastos. Ainda segundo Câmara, modernamente, a teoria dinâmica nasceu na doutrina argentina, a partir da obra de Jorge Peyrano, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas* (2004), ao lecionar que o ônus da prova deve ser imposto àquele que, conforme as características do caso concreto, tenha melhores condições de produzi-la.

<sup>149</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 31, São Paulo: Dialética, out. 2005, p. 14.

Na aferição da hipossuficiência cabe ao julgador observar todas as circunstâncias que em geral circundam uma demanda judicial, tendo em vista a sua experiência como julgador e como pessoa que está integrada na sociedade, sempre com o objetivo de “implementação concreta das funções sociais do direito”<sup>150</sup>, sob pena de denegar efetiva prestação jurisdicional à parte vulnerável. Observadas tais circunstâncias, e em decorrência do princípio da vulnerabilidade, milita em favor do consumidor a dúvida acerca de quem possui melhores condições de produzir a prova, sobretudo quando se tem em conta que o fornecedor deve suportar os riscos da atividade por ele desenvolvida.

Por tais razões, a compreensão de hipossuficiência não se reduz à suposição de que o consumidor não terá condições de suportar os gastos com as provas, como têm defendido alguns doutrinadores<sup>151</sup>, talvez em decorrência do conceito de hipossuficiente no âmbito do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, que, dentre outros fatores, relaciona-se principalmente com a debilidade econômica do trabalhador e do beneficiário.

Tal concepção, além de restringir o conteúdo do princípio da vulnerabilidade a seu aspecto econômico (note-se que aqui não se está a confundir os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, mas a destacar que conceber esta última como impossibilidade financeira de produzir a prova, além de desvirtuar a sua real finalidade, também quer significar a restrição do princípio da vulnerabilidade ao âmbito econômico), desvia a finalidade e o fundamento da verificação da hipossuficiência do consumidor para uma justificativa e, por conseguinte, uma consequência jurídica desnecessárias, já que o litigante desprovido de recursos para arcar com as despesas processuais já é amparado pela Lei n.º 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, sendo assim considerado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 2º, § único).

---

<sup>150</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 103.

<sup>151</sup> Em **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto** (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 734), Kasuo Watanabe salienta que nas primeiras edições da obra se sustentou que o conceito de hipossuficiente correspondia aquele constante no art. 2º, parágrafo único, da Lei n.º 1.060/50, por considerar que supôs a lei que o consumidor hipossuficiente não teria condições de suportar os gastos com as provas; não prevalecendo tal entendimento atualmente, pois se percebeu que a situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independente de sua situação econômica, pois o fornecedor tem o domínio do conhecimento técnico especializado. Cláudia Lima Marques (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 274-275), porém, insiste em relacionar o conceito de hipossuficiente ao de consumidor desfavorecido (ou pobre), citando decisões do Superior Tribunal de Justiça, nas quais o conceito de hipossuficiente é considerado como aquele contido na Lei n.º 1.060/50.

A vulnerabilidade do consumidor não se refere apenas à sua fragilidade econômica, mas também à sua debilidade técnica e jurídica, conforme adiante será demonstrado. É por isso que a hipossuficiência não se concebe como a impossibilidade financeira de arcar com o ônus da prova, pois se parte do pressuposto de que o consumidor também é vulnerável técnica e juridicamente.

Restringindo-se o conceito de hipossuficiente àquele definido no art. 2º, da Lei n.º 1.060/50, seria negada a inversão do ônus da prova a consumidor que, embora tivesse condições econômicas de arcar com a produção da prova, não teria conhecimentos técnicos para produzi-la, sendo difícil, ou até mesmo impossível, provar que suas alegações eram verdadeiras.

Por isso – com base em uma interpretação orientada pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor em sua completude –, a hipossuficiência está relacionada com a impossibilidade de o consumidor (individual ou coletivamente considerado, inclusive nas ações ajuizadas pelo Ministério Público) provar algo em seu favor, e tal fato se dá por diversas razões, seja porque não dispõe do conhecimento técnico necessário para a produção da prova, ou por não encontrar ou deter os meios para demonstrá-la; o certo é que o conceito de hipossuficiente não se restringe ao de desprovido de recursos financeiros.

Frise-se, ademais, que a inversão não configura ônus excessivo ao fornecedor, pois se ela for decretada, “significa ser o consumidor hipossuficiente e, por outro lado, ser o fornecedor capaz de produzir as provas, se elas existirem, beneficiando-se do seu próprio conhecimento técnico e utilizando os meios que usa na sua atividade profissional”<sup>152</sup>, em perfeita harmonia com os princípios da igualdade e do equilíbrio das relações.

Por tudo quanto exposto, vulnerabilidade e hipossuficiência possuem conteúdos distintos, e produzem conseqüências jurídicas também diversas, que merecem ser observadas pelo intérprete, sob pena de não serem obtidos resultados práticos úteis e coerentes com a proteção constitucional ao consumidor. A vulnerabilidade é princípio norteador do direito consumerista, e condição comum a todos os consumidores, sendo o próprio fundamento para a proteção que lhes é dispensada. A hipossuficiência é requisito para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, facilitando a defesa de seus direitos.

---

<sup>152</sup>

SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2001, p. 154.

Bem definida essa questão quanto às relações de consumo, relevante examiná-la sob a ótica dos contratos de adesão regidos pelo Código Civil.

Diante da distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência, não cabe se referir ao aderente como hipossuficiente<sup>153</sup>, pois essa característica – em matéria de contratos – somente se refere à demonstração de que o consumidor não possui condições de produzir a prova do que alegou, o que possibilita, por conseguinte, a inversão do ônus da prova em seu favor.

Inúmeros julgados têm se referido à hipossuficiência como sinônimo da fragilidade do aderente, que, por sua vez, é aferida no caso concreto, em prejuízo da proteção do vulnerável: como no exame dos contratos o conceito de hipossuficiência tem carregado, equivocadamente, a exclusiva conotação de fragilidade econômica (extraída do Direito do Trabalho e da Seguridade Social<sup>154</sup>), a jurisprudência refere-se ao aderente como hipossuficiente – quando, na verdade, deveria tratá-lo como vulnerável –, e, a partir disso, verifica sua fragilidade (somente econômica) no caso concreto, como requisito para a aplicação das normas de defesa.

Em ação revisional de contrato de compra e venda, entendeu o Superior Tribunal de Justiça<sup>155</sup> que não resta configurada a hipossuficiência de uma das partes em contrato para aquisição de “modernos equipamentos médico-hospitalares”, razão pela qual deveria prevalecer o foro de eleição.

A sociedade empresária que adquiriu os aparelhos ajuizou ação revisional pleiteando a não prevalência do foro previsto no contrato, pois a sua manutenção lhe dificultaria a defesa, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor.

As empresas rés sustentaram a prevalência da cláusula contratual de eleição de foro, por não se tratar de relação de consumo e, ainda, por não estar caracterizada a

---

<sup>153</sup> Entendemos que a referência somente é possível para expandir-lhe a proteção, e não como requisito para a aplicação das normas de defesa, pois, para tanto, basta ser aderente. Assim, distinguindo-se da noção de hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII, do CDC, que não se reduz ao aspecto econômico e refere-se à possibilidade de produção da prova, é possível a aferição da hipossuficiência do aderente (aqui se tratando do conceito clássico de hipossuficiência = fragilidade financeira) como um *plus* para a sua proteção.

<sup>154</sup> Consoante salientado anteriormente, no âmbito do Direito do Trabalho e da Seguridade Social o conceito de hipossuficiência possui nítida conotação econômica, uma vez que o hipossuficiente é a parte considerada economicamente mais frágil (trabalhador e beneficiário). Entretanto, no âmbito dos contratos, mais precisamente dos contratos de consumo, a hipossuficiência possui contornos diversos, como visto.

<sup>155</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 561.853-MG. Agravante: Nuclear Medcenter Ltda. Agravado: General Electric Company e outros. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 27 de abril de 2004. **Diário de Justiça**, 24.05.2004, p. 270.

hipossuficiência da autora; entendimento esposado pelo STJ, ao decidir que “não há hipossuficiência da empresa que adquire equipamentos de tecnologia de ponta de tal porte a ensejar a anulação da cláusula de eleição de foro”, haja vista que “a compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a (*sic*) realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – não constitui uma relação de consumo”, o que permite concluir que “sobressai incólume a cláusula avençada entre as partes, que elegeram o foro competente”.

Embora, de fato, não seja aplicável à hipótese o Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de relação de consumo, uma vez que a empresa que adquiriu os aparelhos não o fez como destinatário final, haja vista que tais aparelhos seriam utilizados como meio essencial para a prestação de seus serviços, é de se notar que, no caso, a definição da norma de regência não decorre da aferição da alegada hipossuficiência do contratante.

Para fundamentar a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, sustentou o STJ que, como a parte possuía condições financeiras de adquirir modernos aparelhos médico-hospitalares, não restava caracterizada a sua hipossuficiência, não se configurando, assim, uma relação de consumo. Ademais, igualmente não se lhe estenderiam as regras de proteção ao aderente, porque afastada a hipossuficiência.

O problema surge, assim, quando o Tribunal deixa de aplicar as normas de proteção ao aderente por entender que “a simples existência de contrato de adesão não garante, automaticamente, a posição de inferioridade”<sup>156</sup> ao aderente.

A solução, entretanto, encontra-se justamente na distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. A vulnerabilidade é presumida pelo legislador, e fundamenta o tratamento diferencial que é ofertado a determinados contratantes (em sentido geral, aos consumidores, aderentes, inquilinos, trabalhadores), para que se atinja o equilíbrio das relações. A hipossuficiência é requisito para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), e não se resume à fragilidade econômica, pois abrange todas as situações em que o consumidor não possui condições de provar o que por ele foi alegado, estando o fornecedor em melhores condições de fazê-lo.

---

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 167.516-PR. Recorrente: General Motors do Brasil Ltda. Recorrido: Automec Veículos Ltda. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 15 de março de 2007. **Diário de Justiça**, 02.04.2007, p. 273.

Vulnerabilidade e hipossuficiência não se constituem, portanto, em requisito para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou das normas de proteção ao aderente (caso se trate de contrato de adesão comum).

### **3.3. A estrutura legislativa de proteção ao contratante vulnerável e as espécies de vulnerabilidade: os principais direitos e garantias previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.**

A proteção do contratante vulnerável decorre de diversos fatores, não se resumindo, como visto, à debilidade econômica<sup>157</sup>. Questões de ordem técnica e jurídica também vulneram uma das partes contratuais, não sendo correto afirmar, por exemplo, que a defesa do consumidor é a defesa dos interesses do economicamente mais fraco, ou que a fragilidade do consumidor/aderente apenas se apresenta diante do poder econômico do fornecedor/predisponente.

Adverte Joaquim de Souza Ribeiro<sup>158</sup> que, inicialmente, o ponto de vista dominante no tratamento das condições gerais dos contratos foi o da supremacia econômica do seu utilizador, quando a jurisprudência do Tribunal Superior alemão começou a fundamentar a proibição de certas cláusulas de isenção de responsabilidade de empresas na situação de monopólio de que elas usufruíam, considerando como violação aos bons costumes o aproveitamento abusivo dessa situação para submeter a outra parte a condições inequitas e desproporcionais. Assim, o argumento da superioridade da posição econômica do utilizador de condições gerais passou a ser repetidamente invocado em justificação do tratamento especial a que ficavam sujeitas essas cláusulas.

Todavia, embora possam ser considerados economicamente vulneráveis, a fragilidade desses contratantes não é somente econômica. Se o poder econômico do fornecedor/predisponente for tido como único fator de vulneração, muitos consumidores/aderentes estarão desamparados, pois há situações em que estes são

---

<sup>157</sup> O presente trabalho tratará dos três principais âmbitos sobre os quais a vulnerabilidade contratual se manifesta: vulnerabilidades técnica, jurídica e econômica. Ao analisar a vulnerabilidade do consumidor, Paulo Valério Dal Pai Morais (**Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 115-174) procede a um estudo acerca de várias espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, econômica e social, e ambiental.

<sup>158</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 324.

economicamente mais fortes que os primeiros, de modo que sob esse prisma não se justificaria a proteção.

O poder de que o fornecedor/predisponente goza é de natureza específica, e refere-se ao próprio modo de fixação do conteúdo do contrato e com a liberdade conformativa que ele proporciona. “Com o apossamento, por uma das partes, da ‘estrutura jurídica de comunicação do mercado’, cria-se uma assimetria quanto à utilização do contrato, que pode então ser manipulado e moldado para satisfação exclusiva dos interesses de quem o redige”<sup>159</sup>.

Assim, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade de um dos contratantes ganha completude quando visto sob seu tríplice aspecto: vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica.

E é com base nessa ampla dimensão do conceito de vulnerabilidade que se editou toda a estrutura normativa de garantia e defesa dos direitos dos contratantes vulneráveis.

### **3.3.1. Vulnerabilidade técnica.**

A falta de informação é o principal elemento que torna o consumidor tecnicamente vulnerável: ou ele é completamente desinformado, ou detém informações incorretas, ou mesmo é ludibriado por informações falsas, sendo comum a utilização de publicidade enganosa, que o induz a erro a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, ou quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (CDC, art. 37, § 1º).

O consumidor desconhece os meios para a concepção de produtos e serviços, o que o fragiliza no mercado de consumo, já que deve acreditar (confiar) na boa-fé do seu parceiro negocial, podendo ser facilmente enganado quanto às características, qualidade e utilidade do objeto do negócio.

---

<sup>159</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 342-343.

Consoante outrora assinalado, o exercício de freqüente atividade profissional confere superioridade ao fornecedor, que possuiu conhecimentos de como atuar, o que oferecer, e como criar necessidades no consumidor.

Além do mais, os consumidores estão sujeitos a todos os malefícios que determinados produtos e serviços podem acarretar. Não sabem, por exemplo, quais danos um determinado material de limpeza pode vir a ocasionar-lhes; quais defeitos um eletrodoméstico pode apresentar; o significado da cláusula contratual que dispõe que a fixação do valor da comissão de permanência é determinada por duas variáveis: a taxa de Certificado de Depósito Interbancário (CDI), e a taxa de rentabilidade, de até 10% ao mês; ou da que estabelece o cálculo das parcelas mensais do financiamento através do sistema francês de amortização (não podendo saber, assim, as conseqüências financeiras que tais disposições contratuais poderão acarretar-lhes); desconhecem que o real valor do produto apresentado na publicidade televisiva não é aquele destacado em caracteres legíveis, de cor reluzente, mas aquele ilegível que aparece no canto da tela, pois acrescido de juros e demais encargos.

Não fossem tais circunstâncias, a vulnerabilidade técnica decorre, ainda, da falta de informação do consumidor acerca de seus direitos (o que também caracteriza a vulnerabilidade jurídica). Embora lesados, os consumidores não reclamam. É mais lucrativo para o fornecedor manter cláusulas abusivas no contrato, pois sabe que dentre milhões de contratantes prejudicados pouquíssimos buscam os órgãos competentes para serem ressarcidos os seus prejuízos, de modo que os gastos com o pagamento de indenizações ou com a substituição de produtos serão menores do que o lucro auferido com a utilização de cláusulas e práticas abusivas.

A vulnerabilidade técnica caracteriza-se, portanto, pelo total controle da informação acerca de produtos e serviços por parte do fornecedor, que também controla os rumos que o negócio firmado irá tomar, fazendo prevalecente o seu poder negocial em detrimento do consumidor, pois esse não possui o devido acesso à informação, bem como desconhece os seus direitos.

É em face dessa vulnerabilidade técnica que o CDC erige o direito à informação adequada, suficiente e veraz (art. 6º, III) como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, IV), tendo como consectários os seguintes direitos básicos do consumidor: a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, e contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no

fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV); a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V); e a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova em seu favor (art. 6º, VIII).

Além disso, o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade (art. 9º).

Também decorrem do reconhecimento da vulnerabilidade técnica do consumidor os seguintes preceitos, dentre outros: a) a informação obriga (art. 30); b) caso o fornecedor se recuse ao cumprimento da oferta ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha, exigir o seu cumprimento forçado, aceitar outro produto ou prestação equivalente, ou rescindir o contrato (art. 35); c) os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46); d) as cláusulas contratuais serão (sempre) interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47); e) são nulas as cláusulas contratuais abusivas (art. 51); f) as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54, § 4º).

É direito básico do consumidor, portanto, conforme prevê o art. 6º, III, do CDC, “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços”, sendo o fornecedor obrigado a bem informar ao público sobre todas as características do objeto do contrato, para que o consumidor possa contratá-los sabendo exatamente o que poderá esperar deles, e bem assim, para que tenha liberdade de escolha e igualdade de contratação, informando-se previamente das condições contratuais, para não ser surpreendido posteriormente com cláusulas potestativas ou abusivas.

No âmbito dos contratos de adesão comuns, a vulnerabilidade técnica igualmente se caracteriza pelo controle da informação por um dos contratantes, que unilateral e previamente estabelece os contornos do contrato, prevalecendo, assim, o seu poder negocial.

Partindo da presunção de vulnerabilidade técnica do aderente, o Código Civil (art. 423) estabelece que quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, deverá ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente.

Além disso, prevê que são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424); e estabelece, ainda, a necessária observância aos princípios da probidade e da boa-fé (art. 422), que se constitui em parâmetro objetivo a ser seguido pelas partes contratantes.

Esse princípio se destaca pelas suas várias funções durante a formação, a execução e a extinção do contrato, pois é fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual. Serve como causa limitadora do exercício dos direitos subjetivos e é utilizado na concreção e interpretação dos contratos.

A boa-fé objetiva é um limite do conteúdo contratual, tratando-se de um parâmetro judicial para dar validade às respectivas disposições. Impõe-se aos contratantes que assumam uma postura de colaboração ativa, no intuito de satisfação das expectativas da outra parte, proporcionando, para tanto, que esta conheça profundamente a real situação que constitui objeto das negociações. A imposição de que os contratantes estabeleçam suas relações pautadas nos preceitos de lealdade e boa-fé também intenta proteger a confiança gerada em uma parte contratante em face das atitudes tomadas pela outra<sup>160</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor também contempla o princípio da boa-fé objetiva como linha teleológica de interpretação, em seu artigo 4º, III, e como cláusula geral, em seu artigo 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais: o dever de informação (que não se esgota na fase pré-contratual, atingindo o momento de execução do contrato); o dever de cooperação, consubstanciado no agir com lealdade; e o dever de cuidado, com vistas a preservar os contratantes dos riscos à sua integridade pessoal ou patrimonial.

### **3.3.2. Vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade econômica.**

---

<sup>160</sup> BELMONTE, Cláudio Petrine. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002, p. 146.

A vulnerabilidade jurídica manifesta-se, predominantemente, nas relações de consumo<sup>161</sup>. Além de desconhecer os seus direitos, o consumidor normalmente não possui conhecimento acerca dos contornos jurídicos da relação negocial.

A vulnerabilidade jurídica se revela tanto na fase anterior ao negócio, pois o consumidor não sabe as conseqüências jurídicas que ele pode acarretar, quanto na sua execução, uma vez que o consumidor tem dificuldades para defender os seus direitos, seja na esfera administrativa, seja no âmbito do Judiciário, pois “não é da natureza originária do ato de consumo a organização e planejamento de futuras defesas, demandas, etc., mas sim a simples satisfação de necessidades específicas”<sup>162</sup>.

Assim, essa espécie de vulnerabilidade ganha evidência no momento em que surge algum problema decorrente da relação de consumo, e revela-se tanto na fase extrajudicial, pré-processual, como na fase judicial.

Os juridicamente vulneráveis não sabem ao menos a quem recorrer na busca da solução para tais problemas, pois eventualmente litigam, ao contrário dos fornecedores, que são litigantes habituais, o que lhes possibilita construir estratégias de atuação, principalmente porque contam com profissionais especializados, e com a estrutura organizacional da sociedade empresária.

Além disso, os fornecedores nunca assumem os prejuízos das demandas, pois os contabilizam como custos que posteriormente serão repassados aos consumidores através dos preços dos produtos e serviços.

Por tais razões, é importante o papel do Ministério Público na defesa do consumidor coletivamente considerado. Enquanto a dispersão das vítimas beneficia o fornecedor, que conta com a fragilidade do consumidor isolado, a atuação do Ministério Público em defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos agrava as conseqüências que a demanda pode lhe ocasionar, atingindo, inclusive, a sua imagem perante o mercado de consumo.

---

<sup>161</sup> Tratando-se dos contratantes vulneráveis em geral, note-se que a vulnerabilidade jurídica também é bastante evidente nas relações de trabalho; contudo, conforme já delimitado, o presente estudo trata mais detidamente dos contratos de adesão comuns e dos contratos de consumo.

<sup>162</sup> MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 106-107.

Relevante, portanto, que Ministério Público, magistrados e órgãos administrativos de defesa do consumidor (a exemplo dos PROCON's) não olvidem dessa espécie de vulnerabilidade, cujos componentes – dentre outros – podem ser assim resumidos:

- a) o consumidor não possui conhecimento de seus direitos nem dos meios de garanti-los e defendê-los;
- b) o consumidor desconhece os contornos jurídicos da relação negocial;
- c) os consumidores são litigantes eventuais, ao contrário dos fornecedores, que habituados às demandas judiciais têm condições de definir estratégias de atuação, além de não arcarem com os prejuízos da demanda, pois estes serão repassados aos consumidores através dos preços dos produtos e serviços; e
- d) os consumidores têm dificuldade em litigar individualmente.

É porque reconhece a vulnerabilidade jurídica do consumidor que a legislação consumerista estabelece:

- a) a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público (CDC, art. 5º, II);
- b) a criação de Juizados Especiais e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo (CDC, art. 5º, IV);
- c) a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor (CDC, art. 5º, V);
- d) a facilitação da defesa de seus direitos; a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos, como direitos básicos dos consumidores (CDC, art. 6º);
- e) a responsabilidade solidária pela reparação dos danos quando tiver mais de um autor a ofensa (CDC, arts. 7º, § único; 18; e 19);
- f) a responsabilidade objetiva dos fornecedores pela reparação dos danos causados por produtos e serviços (CDC, arts. 12 e 14);
- g) a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da

lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, dentre outras hipóteses (CDC, art. 28).

Por outro lado, a disparidade econômica geralmente encontrada entre os contratantes também é elemento apto a determinar a disparidade do poder contratual. O economicamente mais forte possui maiores condições de impor a sua vontade ao outro contratante, pois se utiliza de mecanismos técnicos mais avançados que o poderio econômico lhe permite conseguir.

No âmbito das relações de consumo, é de se destacar que o problema do domínio econômico do fornecedor é agravado em face da possibilidade de fusões, incorporações e outras técnicas que concentram empresas e possibilitam o comando dos mercados por parte de alguns, o que levou o CDC a eleger a coibição de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal (art. 4º, VI), como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.

Diante do produtor de bens ou de serviços essenciais que goza no mercado de uma posição monopolista, os consumidores estarão constrangidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato. A disparidade de condições econômico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstrata dos contraentes, determina “disparidade de «poder contratual» entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*”<sup>163</sup>.

Toda essa preocupação do legislador em garantir o equilíbrio das relações contratuais é reflexo do reconhecimento da desigualdade de fato existente entre as partes nos contratos celebrados na atualidade, e conta com o aval da Constituição, na qual busca os fundamentos jurídicos para a proteção do contratante vulnerável.

---

<sup>163</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 38.

## CAPÍTULO IV

### **FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO DO CONTRATANTE VULNERÁVEL**

4.1. A submissão dos contratos à normativa constitucional. 4.2. A aplicação dos princípios da ordem econômica às relações jurídicas contratuais: o contrato como instrumento da atividade econômica. 4.2.1. Ordem econômica: livre iniciativa, dignidade da pessoa humana e justiça social. 4.2.2. A defesa do consumidor: direito fundamental e princípio da ordem econômica. 4.3. A proteção do contratante vulnerável como concretização do princípio da igualdade material. 4.4. O princípio da solidariedade e seus reflexos na proteção ao contratante vulnerável.

#### **4.1. A submissão dos contratos à normativa constitucional.**

A teoria contratual clássica sempre partiu do pressuposto de que os contratos somente produzem efeitos perante as partes contratantes, consubstanciando tal compreensão no princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Contudo, é indispensável ao estudo da eficácia dos contratos que ela seja vista sob dois aspectos.

De fato, os efeitos internos, ou seja, os direitos e obrigações dos contratantes, em regra, a eles se limitam, não se estendendo a terceiros. Assim, “não é possível criar, mediante contrato, direitos e obrigações para outrem. Sua eficácia interna é *relativa*; seu campo de aplicação comporta, somente, as *partes*”<sup>164</sup>. Entretanto, a concepção de que os contratos apenas produzem efeitos perante as partes cede, gradualmente, diante da constatação de que as disposições contratuais também podem estender seus efeitos para a sociedade, daí porque a ordem jurídica constitucional prevê que a contratação está subordinada a determinadas normas, que, além de buscar garantir o equilíbrio entre as partes contratantes, também regulam os efeitos que o contrato pode produzir perante a sociedade.

Como bem observa Paulo Luiz Netto Lôbo, “qualquer contrato repercute no ambiente social”<sup>165</sup>, pois, de um lado põe o valor do indivíduo que o cria, e do outro estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado.

No período do Estado liberal, a inevitável dimensão social do contrato era desconsiderada, para que não prejudicasse a plena realização do indivíduo, o que se dava em conformidade com a ideologia constitucionalmente estabelecida; “o interesse individual era o valor supremo, apenas admitindo-se limites negativos gerais de ordem pública e de bons costumes, não cabendo ao Estado e ao Direito considerações de justiça social”<sup>166</sup>.

Contudo, a função exclusivamente individual do contrato é incompatível com os preceitos do Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista jurídico, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição.

O art. 170 da Constituição Federal estabelece que toda atividade econômica – e o contrato é instrumento dela – deve observar os ditames da justiça social. A contratação não se processa, portanto, “num espaço ‘vazio de normatividade’”, a ser preenchido inteiramente

---

<sup>164</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43.

<sup>165</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 42. São Paulo: RT, abr./jun., 2002, p. 190.

<sup>166</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 42. São Paulo: RT, abr./jun., 2002, p. 191.

pela livre atividade negocial das partes<sup>167</sup>. Antes, submete-se a um quadro jurídico-normativo, fundado na Constituição.

Desse modo, o sistema jurídico não se posiciona fora e depois do contrato, unicamente como um sistema de garantia da sua execução forçada, em caso de não cumprimento das disposições contratuais. “Ele é também um antecedente e um pressuposto, integrando, como componente fundamental, o corpo de regras constitutivas da instituição contratual e contribuindo decisivamente para as condições genéticas da sua utilização”: para além de fundamento e base de todo o agir contratual, a ordem jurídica interfere no conteúdo das suas conseqüências vinculativas, “seja estabelecendo requisitos e limites de eficácia, seja fixando efeitos imperativos, seja impregnando, com os seus valores, princípios e critérios, o sentido do comportamento declarativo, seja ainda predispondo regimes supletivos”<sup>168</sup>.

O contrato produz modificações objetivas na situação jurídica pré-existente, pois altera as esferas jurídico-patrimoniais dos agentes. Demandado a sufragar os atos negociais que produzem tais alterações, conferindo-lhes eficácia jurídica, o ordenamento jurídico somente o faz se tiverem sido observados os ditames por ele próprio fixados, garantindo-se, assim, a necessária compatibilidade entre a normação privada e a ordem jurídica na qual ela se integra.

Essa intervenção legislativa é mais reduzida quando as partes possuem uma efetiva liberdade de decisão, e se encontram em situação de igualdade, podendo avaliar seus interesses próprios e dispor conscientemente acerca dos rumos contratuais. Nesses casos, uma intervenção legal se constituiria em uma injustificada expropriação da liberdade individual, que igualmente é garantida pela Constituição.

Diverso tratamento merece, entretanto, o contratante que não está em condições fáticas de livremente dispor acerca dos termos contratuais ou de conhecer efetivamente todas as características que envolvem o objeto da contratação.

Ao Estado Democrático de Direito não incumbe apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas assegurá-los, garantindo a sua efetividade. Contudo, essa eficácia é posta em risco quando a posição de inferioridade de uma das partes a sujeita aos ditames contratuais da outra.

---

<sup>167</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 214.

<sup>168</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 215-216.

Para atender ao princípio da liberdade contratual, justificava-se, em larga medida, a ampla autonomia que as partes detinham para dispor de seus direitos. No entanto, com a ameaça de ofensa, pelo contratante em posição de supremacia, aos direitos da outra parte, ativa-se a função de proteção estatal aos direitos fundamentais, cabendo ao Estado tomar as necessárias medidas de tutela, seja pela via legislativa ou judicial.

Consagra-se, assim, um regime diferenciado, consoante a situação de paridade ou de desigualdade de poder entre as partes. A ordem jurídica constitucional reconhece a situação de inferioridade de um dos contratantes, e edita limites para a válida estipulação de vinculações contratuais, o que, “transposto para o plano do direito privado, vem a traduzir-se, desde logo, na formação de uma ordem pública de protecção, através de intervenções limitativas da liberdade contratual tuteladoras da parte mais fraca”<sup>169</sup>.

A protecção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, a garantia da igualdade nas relações firmadas entre os indivíduos, o dever de solidariedade, e a necessária observância aos ditames da justiça social no desenvolvimento das atividades econômicas constituem os elos entre os domínios normativos constitucional e privatístico.

#### **4.2. A aplicação dos princípios da ordem econômica às relações jurídicas contratuais: o contrato como instrumento da atividade econômica.**

A figura contratual costuma ser focalizada sob três modos distintos<sup>170</sup>, ora privilegiando o plano da relação entre as partes, ora acentuando-se o seu aspecto externo, a sua integração na ordem econômica e na ordem jurídica global. Nesse contexto, sobressaem-

---

<sup>169</sup> RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 140. Joaquim de Souza Ribeiro observa que a questão dos limites à liberdade contratual não se resolve automaticamente pela teoria da função de tutela dos direitos fundamentais, pois por ela apenas se obtém uma base de fundamentação para a admissibilidade e exigibilidade de medidas de controle da contratação privada, acompanhada por alguns pontos de apoio à tarefa de concretização das normas pelas quais a protecção deve efetivar-se. Assim, da Constituição não se podem deduzir imediatamente os pressupostos gerais e a caracterização das situações que requerem uma intervenção tuteladora, bem como dela não se recolhe indicações precisas quanto à sua exata medida, e ao instrumento de protecção mais adequado, repertório que será obtido mediante a legislação infraconstitucional. A ordem jurídica constitucional reconhece que a efetividade de determinados direitos, liberdades e garantias importa na promulgação de medidas especiais de tutela, nos casos de típica disparidade do poder contratual. Os meios mais apropriados para essa protecção são definidos pela instância infraconstitucional, e bem assim, pela atividade judicial na solução dos casos concretos.

<sup>170</sup> Joaquim de Souza Ribeiro (**O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13) assim o faz, apoiado em Günter Teubner (**O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993).

se o nível das relações pessoais entre as partes contratantes (plano da interação entre as partes); o nível em que estão em causa as conexões institucionais, designadamente com o mercado (plano da instituição); e o nível no qual são tematizadas as exigências que o sistema social, no seu conjunto, ou alguns sistemas parciais – relevantes para o ordenamento jurídico – colocam ao contrato (plano da sociedade).

Esses níveis – cujas linhas de distinção não se apresentam estanques nem amplamente nítidas – não são compreendidos como patamares hierárquicos, mas como modos distintos de apreciação do sistema contratual.

Tais distinções permitem uma compreensão mais ampla do fenómeno contratual, bem como facilitam a apreensão dos fundamentos constitucionais da proteção do contratante vulnerável.

No plano da instituição, constata-se que os contratos estão integrados num contexto institucional mais vasto, que deve ser considerado pelo direito contratual, haja vista a necessidade de se adaptar as obrigações contratuais “às estruturas institucionais (o que o clássico direito dos contratos é incapaz de realizar), ora mediante a imposição de obrigações contratuais adicionais (anexas às estipuladas pelas partes), ora através da limitação de direitos decorrentes do contrato”<sup>171</sup>.

Além disso, merecem ser observadas, ainda, as exigências que o sistema social, no seu conjunto, põe para o contrato, uma vez que a primazia ilimitada do consenso das partes não pode ser a única determinante da ordem contratual.

Sob essas bases, além de analisar as relações internas entre os contratantes – perspectiva na qual se insere o reconhecimento da vulnerabilidade contratual –, o estudo da teoria dos contratos amplia-se, para compreendê-lo através da realidade económico-social em que está inserido.

É a partir dessa tríplice diferenciação, que a ordem jurídica constitucional instituída em 1988 editou um conjunto de normas nitidamente aplicáveis ao sistema contratual, introduzindo como finalidade da ordem económica a garantia de uma existência digna a todos, amparada nos ditames da justiça social, e tendo como princípio a defesa do consumidor (que, inclusive, tem o direito fundamental à proteção).

---

<sup>171</sup> MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ntcont.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc)>. Acesso em: 20.11.2007.

Ao tempo em que institui uma ordem econômica voltada para a dignidade da pessoa humana e os ditames da justiça social, a Constituição oferece os fundamentos para a edição de todo um conjunto normativo direcionado à tutela do contratante mais fraco, pois estabelece a inviolabilidade da igualdade como direito fundamental, bem como constitui a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos fundamentais da República. Não fosse isso, no caso do consumidor, reconhece expressamente a necessidade de proteção ao contratante vulnerável.

As normas constitucionais direcionadas à regulação da ordem econômica são plenamente aplicáveis ao sistema contratual. Tal como os demais conceitos jurídicos, o contrato reflete sempre uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente à qual cumpre, de diversas maneiras, uma função instrumental<sup>172</sup>.

“A vida econômica desdobra-se através de imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses”<sup>173</sup>. O contrato como formalização jurídica não é construído como fim em si mesmo, mas com vistas e em função da operação econômica da qual representa, por assim dizer, “o invólucro, ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível”<sup>174</sup>.

Mesmo os contratos que a uma primeira vista pareçam não exprimir uma operação econômica, os quais o senso comum identificaria como não econômicos, em última análise, qualificam-se como efetivas operações dessa espécie.

A dúvida dissipa-se a partir do momento em que a qualificação de uma iniciativa como operação econômica exprime-se em termos objetivos e não subjetivamente. Assim, tal qualificação não pode ser excluída pela circunstância de quem a leva a cabo ser

---

<sup>172</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 07. Segundo Enzo Roppo, “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na idéia de *operação econômica*”, pois, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente, para a idéia de operação econômica (p. 08).

<sup>173</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19. Para Orlando Gomes, é tão relevante a função econômico-social do contrato que foi reconhecida como a razão determinante de sua proteção jurídica, haja vista que o direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. “Em conseqüência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil”. (p. 20).

<sup>174</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 09. Segundo Roppo, “o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica” (p. 09-10).

movido, subjetivamente, por impulsos e finalidades de ordem ideal, pelo simples fato de esta não poder identificar-se com o apuramento da vontade ou esperança subjetiva de *fazer um bom negócio*, com a relevância de uma intenção subjetiva de natureza especulativa: “uma operação é ou não é – objectivamente – uma operação económica, conforme apresente ou não apresente as suas características objectivas, independentemente daqueles que possam ser, em concreto, os motivos e os interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la”<sup>175</sup>.

Atividades que tendencialmente seriam removidas da esfera do econômico, uma vez que as partes pretendessem seguir interesses e objetivos de natureza ideal, moral ou cultural, por exemplo, se analisadas objetivamente permitem que se conclua de modo diverso.

Essa percepção objetiva relaciona-se à existência de circulação da riqueza. “Pode-se dizer que existe operação econômica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe *circulação de riqueza*, actual ou potencial *transferência de riqueza* de um sujeito para outro”, sendo que a compreensão de riqueza não se refere apenas ao dinheiro ou a outros bens materiais, mas a todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica, “ainda que não sejam «coisas» em sentido próprio”<sup>176</sup>.

A multiplicação e a complexidade das operações econômicas, determinadas pela crescente expansão das atividades de produção, de troca e de distribuição de produtos e serviços, requerem que a ordem jurídica ofereça uma resposta adequada às novas exigências e aos novos interesses que vêm emergindo, notadamente para garantir um equilíbrio de posições entre os contratantes.

#### **4.2.1. Ordem econômica: livre iniciativa, dignidade da pessoa humana e justiça social.**

A análise da livre iniciativa no presente estudo justifica-se pela sua íntima relação com a liberdade contratual, não se confundindo, porém, com esta.

<sup>175</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 12-13.

<sup>176</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 13. Roppo cita como exemplo a hipótese em que o membro de um grupo político, desprovido de sede oficial, dá em locação, por uma renda muito baixa – ou então empresta – um seu apartamento, para destinar às reuniões ou às outras atividades do grupo (p. 12). Mesmo que os sujeitos dessa operação não a tenham encarado como econômica, ela assim se caracteriza, pois, “para além do intuito subjectivo de favorecer a actividade e a difusão dos ideais do próprio grupo político, existe – objectivamente – a transferência de riqueza correspondente, ao ceder um apartamento” (p. 13). Nessa linha de raciocínio, a doação também realiza uma operação econômica, porque, através dela (embora por espírito de liberalidade) se transferem direitos ou se assumem obrigações a favor de outrem, “e se dá vida, assim, a um mecanismo típico de circulação da riqueza” (p. 14).

A liberdade de iniciativa econômica se constitui na liberdade dos privados de dispor dos recursos materiais e humanos, bem como de organizar a atividade produtiva, e, conseqüentemente, a liberdade de decidir o quê, quando, como e onde produzir.

É uma liberdade que pressupõe o reconhecimento de outros direitos dos privados, como a propriedade privada e a liberdade contratual. A atividade jurídica negocial é, assim, instrumento da atividade econômica, sendo que não a esgota nem se confunde com ela: “a autonomia negocial qualifica actos jurídicos individualizados, enquanto a liberdade de iniciativa económica diz respeito a uma actividade que se desenvolve numa série de «actos e de operações orientados para um resultado final unitário»”<sup>177</sup>, dentre os quais estão atos de autonomia negocial.

Embora o reconhecimento constitucional da iniciativa privada comporte a autorização para a realização dos negócios jurídicos inerentes à atividade econômica que no seu quadro se exerce, é de se notar que esses negócios estão subordinados aos condicionamentos da própria ordem constitucional.

Essa subordinação encontra-se tanto no art. 1º da Constituição Federal, que elege os valores sociais da livre iniciativa como um dos fundamentos da República<sup>178</sup>, quanto em seu art. 170, que a condiciona à realização da dignidade humana e dos ditames da justiça social.

A definição dos valores sociais da livre iniciativa deve ter em conta, de início, que este princípio, ainda que de origem liberal, jamais assumiu um caráter absoluto: “o exercício legítimo desta liberdade, por estar necessariamente vinculado às conquistas sociais consagradas nos textos constitucionais, tem que ser sempre relativizado”<sup>179</sup>.

Aliás, ainda que o constituinte não elencasse os valores sociais da livre iniciativa como um de seus fundamentos, o intérprete, mesmo assim, não se escusaria de

<sup>177</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 198-199. Para Fabíola Santos Albuquerque (Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Direito Civil-Constitucional: situações patrimoniais**. Carmem Lúcia Silveira Ramos (Coord.). Curitiba: Juruá, 2002, p. 111), “a liberdade de contratar é um conceito jurídico, enquanto a livre iniciativa é um conceito econômico, recepcionado pela Constituição Federal”.

<sup>178</sup> Note-se que, como bem observa Eros Roberto Grau (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200), “a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”. Fábio Carvalho Leite (Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. ano 2. vol. 8. Rio de Janeiro: PADMA, out./dez., 2001, p. 131) adverte para a dificuldade em se delimitar os valores sociais da livre iniciativa, haja vista tratar-se esta de “uma idéia que foi concebida para justificar e legitimar o liberalismo e que carrega o individualismo em sua gênese”.

<sup>179</sup> LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. ano 2. vol. 8. Rio de Janeiro: PADMA, out./dez., 2001, p. 131.

determinar o significado da livre iniciativa de acordo com a dignidade da pessoa humana e com a cidadania, sempre visando à construção de uma sociedade solidária, à redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, “de modo que as virtudes individualistas da livre iniciativa, e do liberalismo em geral, não encontrariam, ainda assim, abrigo no texto constitucional, não por uma disposição expressa em sentido contrário (valores sociais da livre iniciativa)”, mas por uma decorrência implícita da própria incompatibilidade com as demais normas constitucionais, que apontam para um indiscutível compromisso com a causa social<sup>180</sup>, com a garantia de uma existência digna a todos e com a igualdade material.

O constitucionalismo surgido no século XX altera a estrutura econômica existente, positivando tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos, derrubando a crença na harmonia preestabelecida do mercado, e rejeitando o mito da sua auto-regulação<sup>181</sup>.

Dentre esses objetivos encontra-se a realização da dignidade da pessoa humana, adotada pelo texto constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*). Assim, além de fundamentar e conferir unidade aos direitos fundamentais, também dirige os rumos da atividade econômica, da qual o contrato é instrumento.

A garantia da dignidade como fim da ordem econômica compromete todo o exercício das atividades a ela relacionada. Nesse contexto, “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”<sup>182</sup>. Além disso, o princípio também

<sup>180</sup> LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. ano 2. vol. 8. Rio de Janeiro: PADMA, out./dez., 2001, p. 137. No julgamento da ADI n.º 319 – DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 319-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 03.03.1993. **Diário de Justiça**, 30.04.1993, p. 36.), observou o Ministro relator que, “no artigo 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, *não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa*; ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da *defesa do consumidor* (que ainda tem como direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXII) e o da *redução das desigualdades sociais*”. Nesse julgado, ponderou, ainda, o Ministro Celso de Mello: “as atividades empresariais – qualquer que seja o campo em que se exerçam (...) – não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto, não criam, em torno dos organismos empresariais, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República. O princípio da liberdade de iniciativa não tem, desse modo, caráter irrestrito e nem torna a exploração das atividades econômicas um domínio infenso e objetivamente imune à ação fiscalizadora do Poder Público”.

<sup>181</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

<sup>182</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 197.

impõe seja viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.

Entretanto, uma conceituação clara do que efetivamente seja dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade decorre do fato de tratar-se de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambigüidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica. Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, razão pela qual a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, no entanto, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa<sup>183</sup>.

Mesmo assim, como salienta Ingo Sarlet, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade<sup>184</sup>.

Assim como a dignidade da pessoa humana, a compreensão de justiça social não é de fácil desate. Consoante dispõe o art. 170, *caput*, da Constituição, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Luís Roberto Barroso classifica os princípios da ordem econômica em dois grupos: princípios de funcionamento e princípios-fins<sup>185</sup>, incluindo a garantia de uma

---

<sup>183</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39-40.

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 40. Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.

<sup>185</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 14. Salvador, jun./ago., 2002. Disponível em:

existência digna nesta segunda categoria, que, por sua vez, deve ser concretizada de acordo com os ditames da justiça social.

A Constituição de 1988 não se refere à justiça social apenas no seu art. 170, pois a eleva a objetivo da ordem social (art. 193), bem como deixa claro que um dos fins da República é o de constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Embora o seu significado não seja unívoco, pois, “do que seja *justiça social* temos a idéia, que fatalmente, no entanto, sofreria reduções – e ampliações – nesta e naquela consciência, quando enunciada em qualificações verbais”<sup>186</sup>, entendemos que, tal como os direitos fundamentais sociais da Carta de 1988, a justiça social, como vetor da ordem econômica, “exerce um importante papel, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, *conscientizadora*”<sup>187</sup>.

Assim, diante da dificuldade de se assegurar uma existência digna com base nos preceitos de justiça social em um sistema que, apesar de fundado em uma normativa constitucional direcionada à realização dos direitos fundamentais sociais e à igualdade material nos relacionamentos entre os cidadãos, ainda carrega forte carga individualista, a realização da justiça social somente é possível se observados os demais mandamentos constitucionais, a fim de formar “mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social”, sendo esta uma determinante essencial “que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela”<sup>188</sup>.

---

<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14.01.2008. No dizer de Barroso, seriam princípios de funcionamento aqueles referidos nos incisos I a VI, do art. 170, da CF: a) soberania nacional; b) propriedade privada; c) função social da propriedade; d) livre concorrência; e) defesa do consumidor; e f) defesa do meio ambiente. Os princípios de funcionamento “referem-se à dinâmica das relações produtivas, às quais todos os agentes estão vinculados” (p. 08). Já os princípios-fins, de acordo com a classificação do autor, “delineiam os objetivos que, como produto final, a ordem econômica como um todo deverá atingir” (p. 11): a) existência digna para todos; b) redução das desigualdades regionais e sociais; c) busca do pleno emprego; e d) a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Conclui o autor que cada um desses princípios-fins descreve uma realidade fática desejada pelo constituinte e comandada ao Poder Público. Todavia, entendemos que, embora, de fato, o Poder Público seja o principal destinatário das normas que definem os fins da ordem econômica, no sentido de que tem o dever de implementá-los, tal circunstância não exclui o particular do rol de destinatários dessas normas, pois igualmente deve observar os mandamentos nelas definidos, para que a sua atuação não se dê em desconformidade com tais fins.

<sup>186</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 223.

<sup>187</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 28.

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 765. Segundo José Afonso da Silva, “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política”, e que “não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria”. Para Eros

Os valores sociais da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana como fim da ordem econômica e a observância dos ditames da justiça social correspondem, portanto, a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por essa razão, subordinam toda a atuação estatal, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. A ordem econômica em particular – e cada um de seus agentes (os particulares e o próprio Estado) – estão vinculados a essas determinantes constitucionais, delas não afastando a ordenação dos contratos.

#### **4.2.2. A defesa do consumidor: direito fundamental e princípio da ordem econômica.**

Diversos fatores contribuíram para a elevação da defesa do consumidor ao âmbito constitucional. O legislador constituinte percebeu que a mera igualdade formal dos indivíduos não lhes asseguraria um equilíbrio nas relações de consumo, pois se tornara patente o desequilíbrio no relacionamento entre consumidores e fornecedores.

Nesse cenário, a Constituição Federal inseriu, dentre os direitos e garantias fundamentais, a obrigação estatal de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). Mais adiante, em seu art. 170, V, elenca a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica. Não fossem tais disposições, tamanha era a relevância e necessidade de regulamentação destes dispositivos, que o art. 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias prescreveu que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Assim, diante de uma sociedade de consumo, constituída por um sistema de produção e circulação de produtos e serviços em grandes quantidades, marcada por uma textura massificada da vida econômica, e de relações juridicamente desiguais, vez que em um pólo encontra-se aquele que exerce atividade profissional organizada (fornecedor) e, no outro, o eventual adquirente ou utente (consumidor), cumpre ao Estado, garantidor dos direitos individuais e dos direitos sociais e econômicos, proteger a parte mais vulnerável na relação de

---

Roberto Grau (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 224.) justiça social, inicialmente, “quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico”.

consumo, atribuindo-lhe uma superioridade jurídica, em obediência ao mandamento constitucional.

Essa inserção da defesa do consumidor no texto constitucional é mais um elemento que serve para denotar a influência da Constituição nas relações privadas, caracterizada, consoante já demonstrado, pela imposição de limites às relações entre particulares, outrora deixadas à livre vontade das partes.

É de suma importância esse enfoque ofertado pela Constituição<sup>189</sup> à defesa do consumidor, mais ainda quando a trata como direito fundamental, “no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores”<sup>190</sup>, uma vez que o consumo ultrapassa os interesses privados e atinge interesses públicos, generalizando a exigência de tutela da parte mais fraca.

A proteção ao consumidor trata-se, pois, da realização de um direito fundamental, haja vista que “o consumidor foi identificado constitucionalmente (art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial”<sup>191</sup>.

Elevado que foi à categoria de direito fundamental, o amparo ao consumidor – assim como os demais direitos fundamentais – afigura-se, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo-se em elemento nuclear da Constituição material, como ensina

---

<sup>189</sup> A importância do enfoque constitucional dado ao consumidor vem sendo percebida por diversos países, daí porque destaca Jorge Mosset Iturraspe (**Defensa Del Consumidor**. 1. ed. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 24), que “las constituciones más recientes de los Estados democráticos del mundo occidental se han hecho eco, a partir de la década del setenta, de la problemática de la ‘defensa del consumidor’, sea para tutelar sus derechos, sea para hacer más equitativas las relaciones originadas entre productores y receptores de bienes y servicios”. Entre os países que elevaram a proteção ao consumidor à categoria de direito fundamental destacam-se, além do Brasil, a Alemanha (1969, com a modificação do art. 74, do texto editado em 1949), Portugal (1976), Espanha (1978), Peru (1980), e Argentina (1853). Em âmbito internacional, merece relevo a aprovação, em 16 de abril de 1985, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, das “Diretrizes para a proteção ao Consumidor”, que estabelecem os princípios gerais da política consumerista a serem seguidos pelos países, sendo os principais, a proteção ao consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança; o fomento e proteção aos interesses econômicos dos consumidores; o fornecimento de informações adequadas para capacitar o consumidor a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais; a educação do consumidor; e a criação de possibilidades de real ressarcimento ao consumidor. Além disso, a referida resolução (n.º 39/248) reconhece a vulnerabilidade do consumidor em seu art. 1, o que evidencia a previsão supra-estatal da proteção a esta parte contratual mais fraca.

<sup>190</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: RT, 2003, p. 55.

<sup>191</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: RT, 2003, p. 54.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>192</sup>, ao destacar que os direitos fundamentais podem ser considerados como *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, não devendo este ser entendido somente sob seu aspecto formal, que se consubstancia nas máximas *governo das leis* ou *império das leis*, mas na conjugação do estabelecimento de metas, parâmetros e limites da atividade estatal, com certos valores, direitos e liberdades fundamentais, que, por sua vez, servem para legitimar o poder do Estado, que somente se justifica pela realização dos direitos do homem.

Desse modo, é tão íntima a ligação entre Estado de Direito e direitos fundamentais, que o primeiro exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para a sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Tais considerações servem para demonstrar a relevância oferecida pelo constituinte à defesa do consumidor, ao inseri-la no rol dos direitos fundamentais, o que se deu em face da constatação de que este é a parte mais fraca na relação de consumo, dela não podendo se desvencilhar, pois necessita de bens e serviços para a sua sobrevivência.

Em decorrência disso, impõe-se concluir que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, além de estar expressamente previsto na legislação infraconstitucional, possui sede no próprio art. 5º, XXXII, da CF, pois somente carece de proteção aquele que é reconhecidamente mais frágil.

Como princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor cumpre uma dupla função; além de se constituir em um objetivo a ser alcançado, realizando o disposto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, também serve de instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

Todo direito do consumidor parte, necessariamente, de uma relação de consumo, cuja essência é de uma relação contratual específica, que envolve as necessidades do ser humano. O consumo é parte indissociável do cotidiano do homem, que carece de bens e serviços imprescindíveis à sua sobrevivência, razão pela qual os fundamentos da proteção ao consumidor estão completamente apartados da idéia de que se protege o consumismo, o consumo pelo consumo, o simples desejo, aproximando-se – eis aqui seu principal esteio – da defesa da própria dignidade da pessoa humana.

---

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

É bem verdade que estamos diante de uma sociedade onde o *ter* prevalece sobre o *ser*, existindo, de fato, o consumo exagerado de bens e serviços em algumas camadas sociais. Contudo, essa constatação não é suficiente para que seja eleita como um dos fundamentos para a defesa do consumidor (até porque o consumismo, e essa busca desmedida pelo *ter* não poderiam ser tidos como circunstâncias que pudessem fundamentar legitimamente o tratamento diferenciado aos consumidores), como fez José Afonso da Silva, ao lecionar que a defesa do consumidor responde a dois tipos de razões, uma de ordem econômica, derivada “das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte, o atual tráfico mercantil”, e outra relacionada aos critérios que “emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que hoje vivemos, imersos que estamos na chamada sociedade de consumo, em que o ‘ter’ mais do que o ‘ser’ é a ambição de uma grande maioria das pessoas, que se satisfazem mediante o consumo”<sup>193</sup>.

Em sede de proteção ao consumidor impõe-se que essa satisfação humana mediante o consumo, como assinalou José Afonso da Silva, seja enxergada – até para que, repita-se, a proteção ao consumidor tenha um fundamento legítimo – como a satisfação das necessidades próprias do ser humano, que precisa de alimentos, moradia, vestuário, serviços médicos, hospitalares, medicamentos, lazer etc.

Enxergar a defesa do consumidor como um dos consectários da dignidade da pessoa humana, afastando-se da idéia do consumismo como objeto da relação de consumo, serve para repelir os pré-conceitos oriundos da equivocada concepção de que se protege o mero consumo, quando, na verdade, se protege o ser humano, que precisa de bens e serviços para a sua sobrevivência.

É sob essa perspectiva, pois, que se compreende a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

### **4.3. A proteção do contratante vulnerável como concretização do princípio da igualdade material.**

---

<sup>193</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 262. Igualmente discordamos de Eros Roberto Grau (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 224.), quando leciona que “a par de consubstanciar, a *defesa do consumidor*, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo”.

No sistema outrora fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da igualdade substancial das operações econômicas realizadas por meio de contratos. Considerava-se que a justiça dessas relações era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do contrato corresponder à vontade livre dos contraentes, que o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, notadamente, em um plano de recíproca igualdade perante a lei.

Era justamente nessa igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes que consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidade nos poderes, respeitavam plenamente os cânones da igualdade formal.

A garantia dessa liberdade significava a restituição ao indivíduo – e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal – da abstrata possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas<sup>194</sup>.

Essa formulação meramente abstrata e formal da igualdade ocultava, todavia, as gravíssimas desigualdades substanciais, e as profundas disparidades das condições concretas dos contratantes.

Segundo José Afonso da Silva, é justamente porque existem desigualdades que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais. A lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, “daí porque o legislador, sob ‘o impulso das forças criadoras do direito (...), teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais’”<sup>195</sup>.

A legislação de defesa do consumidor é exemplo típico do que o constitucionalista denomina de “leis setoriais”, pois, reconhecida a fragilidade desse sujeito da relação de consumo, e a conseqüente desigualdade deste perante o fornecedor, impõe-se a edição de leis que, considerando tais diferenças, busque o equilíbrio entre as partes, consolidando materialmente o princípio isonômico, assentado na clássica definição de tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais.

---

<sup>194</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 36-37.

<sup>195</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

Constatada a relevância de determinadas situações desiguais (fator de discriminação ou *discrímen*, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>196</sup>), aptas a legitimar um tratamento diferenciado (pois não é qualquer diferença que permite um tratamento desigual pela lei, devendo haver uma correlação entre a peculiaridade diferencial acolhida pela legislação e o tratamento em função dela conferido, desde que compatível com os interesses prestigiados na Constituição Federal, como é o caso da defesa do contratante vulnerável), a lei lhes fixa efeitos jurídicos desuniformes.

Para tanto, é preciso verificar a existência de uma justificativa racional, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada, analisando, por fim, a harmonia desse vínculo com os interesses e valores eleitos pela Constituição<sup>197</sup>.

O princípio da igualdade supera, portanto, “a posição formal de paridade para realizar a igualdade substancial: quando existe desigualdade de fato, não existe espaço para o princípio da paridade de tratamento”<sup>198</sup>.

Reconhecer que o consumidor é a parte mais vulnerável na relação de consumo, por exemplo, ofertando-lhe tratamento jurídico diferenciado, é realizar o princípio da igualdade em sua essência – igualdade material –, realçada a partir da configuração do Estado Social, que consagrou os direitos do homem de segunda dimensão, alargando o conceito de igualdade para além do seu aspecto formal, restrito à percepção de tratamento igualitário perante a lei.

Mais do que garantir a consecução da igualdade formal, no sentido de que a lei e sua aplicação devem tratar a todos igualmente, é preciso que as situações desiguais tenham tratamento também distinto, pois somente dessa forma é possível equilibrá-las, concretizando o princípio da igualdade real, que, consoante demonstrado, consubstancia-se na razão de ser do reconhecimento da vulnerabilidade de uma das partes em determinadas relações contratuais, e da conseqüente proteção que lhe é sufragada.

#### **4.4. O princípio da solidariedade e seus reflexos na proteção ao contratante vulnerável.**

---

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

<sup>197</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

<sup>198</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46.

A primeira reflexão que se há de fazer acerca do princípio da solidariedade é a de que este se trata de verdadeira imposição legal de cooperação de uns com os outros, não se resumindo a um preceito ético.

Juntamente com a igualdade, a solidariedade é aspecto de um mesmo valor que o legislador se propõe a atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa<sup>199</sup>.

A Constituição de 1988, ao estatuir os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, I), estabelece, entre outros fins, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Instituído como objetivo da República, e inserido no título “Dos Princípios Fundamentais”, o princípio da solidariedade exige a sua realização pelos Poderes Públicos e demais destinatários dos mandamentos constitucionais, impondo que, à sua luz, seja interpretado todo o ordenamento jurídico nacional.

No ambiente contratual, o princípio da solidariedade significa, mais especificamente, “a obrigação imposta aos contratantes de colaboração mútua, sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre as pessoas”: trata-se de “uma obrigação recíproca entre as partes, a ser observada durante toda a execução do contrato”<sup>200</sup>.

Concretamente, além de exigir que os contratantes atuem com lealdade e boa-fé, o princípio da solidariedade impõe a estes a obrigação de colaborar, sobretudo porque “não se pode falar em solidariedade apenas na esfera do indivíduo tomado de *per si* mas, (*sic*) do ser humano tomado em suas relações com o *outro*”<sup>201</sup>.

A imposição de que os contratantes atuem solidariamente opõe-se à idéia individualista de que aos sujeitos de direito cabia velar somente por seus familiares e por seus bens, apresentando-se desvinculado do tecido social que o envolvia. “No novo cenário, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações

<sup>199</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (O Princípio da Solidariedade. **Os princípios da Constituição de 1988**. Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho (Orgs.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 167.), o século XX presenciou o início de um tipo completamente novo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social: “conseqüência da reviravolta, na consciência coletiva e na cultura de alguns países europeus, decorrente das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Grande Guerra”.

<sup>200</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias**. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, 2006, p. 71.

<sup>201</sup> BEZERRA, Paulo. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? **Direitos Humanos e Democracia**. Clèmerson M. Clève; Ingo W. Sarlet; Alexandre C. Pagliarini (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 516.

patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca”. Nesse contexto, “ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar dentro da sua ampla autonomia”<sup>202</sup>, mas como uma verdadeira imposição constitucional.

Seguindo a tendência da nova ótica contratual, os efeitos do princípio da solidariedade nos contratos revelam-se na percepção dos sujeitos concretamente considerados, abandonando a perspectiva individualista, abstrata e formal dos sujeitos de direito.

O legislador codicista estava voltado para garantir a igualdade de todos perante a lei, posição que era, no entanto, incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos particulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas.

Aqui se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual e a liberdade de associação. A isto corresponderam, no dizer de Franz Wieacker, as grandes figuras do direito privado, dentre elas “o direito subjectivo como poder de vontade, o negócio jurídico como activação da vontade autónoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjectiva entre sujeitos autónomos de direito”, e a propriedade como um direito em princípio ilimitado e total de domínios e de exclusão, “cuja função social não vem à luz no seu conceito”<sup>203</sup>.

A percepção abstrata do homem, isolado do contexto social e da consideração das circunstâncias concretas que envolvem as relações por ele travadas, não se concilia, entretanto, como o novo paradigma imposto pela norma constitucional.

Apoiado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, o legislador constituinte teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas da sociedade brasileira contemporânea<sup>204</sup>. No âmbito dos contratos “os desiguais se aglutinam e

---

<sup>202</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. **Os princípios da Constituição de 1988**. Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 177-178.

<sup>203</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 717.

<sup>204</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. **Os princípios da Constituição de 1988**. Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 175.

se tornam ‘os outros’, dentro do modelo do vínculo jurídico, e reclamam por soluções que demandam nova reflexão sobre o conceito de lealdade e de igualdade”<sup>205</sup>.

Aliás, tornou-se significativo na evolução do direito privado o fato de a solidariedade social não ter se circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas de ter também “começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjectivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade, nas suas relações com os outros particulares”<sup>206</sup>.

A irradiação de efeitos do princípio da solidariedade nas relações contratuais vem sendo gradativamente observada pela jurisprudência brasileira.

Já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>207</sup>, por exemplo, que a solidariedade e a cooperatividade que orientam os contratos de seguro de vida “fazem com que os segurados distribuam entre si os riscos de doenças e sinistros, fazendo com que os menos vulneráveis cooperem através de suas contribuições para o maior risco dos mais vulneráveis”. Com base em tal fundamento, decidiu o Tribunal que, apesar da existência de cláusula no contrato de seguro a prazo determinado com renovação automática dando conta da possibilidade de denúncia unilateral por qualquer das partes, não poderia a referida regra contratual receber interpretação divorciada das peculiaridades do tipo de contrato sobre o qual versava o litígio, dentre as quais relacionou a solidariedade.

No caso, a demanda girava em torno da possibilidade de renovação do contrato em moldes diversos dos então vigentes, o que, entretanto, causaria onerosidade excessiva ao consumidor, conforme destacado na decisão colegiada.

Considerando o longo tempo de vinculação do consumidor ao plano de seguro oferecido pela recorrente, entendeu o Tribunal que surgia para ele a legítima expectativa de permanecer a contratação nas bases vigentes e de não ser atingido pelo programa de readequação, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé objetiva, que engloba as características da contratação, sobretudo o princípio da solidariedade.

---

<sup>205</sup> NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. **Revista de Direito Privado**. n. 17. São Paulo: RT, jan./mar., 2004, p. 68.

<sup>206</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 719.

<sup>207</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001527258. Recorrente: Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. Recorridos: Antônio Vieira Braga e Noli Moreira Braga. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 28 de Fevereiro de 2008. **Diário de Justiça**, 05.03.2008.

Igualmente aliando os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a não renovação dos contratos de seguro de vida após longo período de vigência e renovações automáticas contínuas revela-se prática abusiva em face da legislação consumerista, “como também desconsidera o direito de envelhecer, o que vulnera princípio mais caro ainda, que é o da dignidade da pessoa humana”<sup>208</sup>. Recorrendo expressamente ao princípio da solidariedade, salientou o tribunal que eventual desequilíbrio econômico deveria ser absorvido por toda a carteira de segurados, mas também pela própria seguradora.

A aplicação do princípio da solidariedade às relações contratuais evidencia, portanto, que o dever de concretizá-lo não é apenas dos poderes públicos, “mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade”<sup>209</sup>.

Esse dever de colaboração densifica o princípio da solidariedade nas relações contratuais, apontando os rumos que os contratantes devem tomar, a fim de que tais relações se perfeçam em um ambiente de mútua cooperação, onde prevaleça o equilíbrio contratual.

## CONCLUSÃO

---

<sup>208</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001180900. Recorrente: Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. Recorrido: Rui Varella Filho. Relatora: Mylene Maria Michel. Porto Alegre, 26 de julho de 2007. **Diário de Justiça**, 31.07.2007.

<sup>209</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 719.

Não obstante a base constitucional que impõe a adoção de um novo tratamento jurídico às relações contratuais na atualidade, essa novel percepção dos contratos, fundada nos ditames instituídos pelo Estado social, sobretudo pela possibilidade de intervenção do Estado na economia e nas relações interprivadas, a fim de se garantir uma efetiva igualdade entre os contratantes, ainda não foi completamente assimilada pela doutrina e pela jurisprudência.

A nova perspectiva pela qual vem sendo analisada a teoria dos contratos tem levado muitos a crer que, na verdade, trata-se de um entrave ao funcionamento do mercado, um freio à competitividade dos agentes econômicos, bem como um obstáculo à expansão da economia.

Tal entendimento, entretanto, decorre do apego aos preceitos tradicionais que regiam os contratos, onde a autonomia da vontade era tida como intangível e como único pilar das relações contratuais.

Todavia, a partir da Constituição de 1988, foram inseridos ou consagrados no ordenamento jurídico preceitos que refletem com maior nitidez a situação em que se encontram as partes contratantes atualmente: uma situação de desigualdade, em que uma parte contratual prevalece sobre a outra.

Assim, as normas constitucionais não se compreendem como um embaraço à atividade econômica, mas como um imperativo para a consolidação de relações contratuais mais equânimes, pautadas no princípio da igualdade material.

Nesse contexto, a teoria dos contratos se aparta da concepção puramente individualista e abstrata da relação contratual, desenvolvendo-se, agora, no ambiente da função social do contrato e no concreto exame dos relacionamentos contratuais, pois, se antes se entendia que os contratos somente produziam efeitos em relação às partes contratantes e que estas se relacionavam em situação de plena igualdade (formal), não se pode negar que hoje as relações contratuais tomam dimensões cada vez mais amplas, e que, analisadas concretamente, evidenciam a desigualdade em que de fato se encontram as partes.

O presente estudo buscou demonstrar que a compreensão do direito desenvolvido no estado liberal não mais se sustenta, não sendo apta para explicar as novas bases de institutos jurídicos que têm passado por transformações diante das exigências individuais e sociais, como ocorre com a autonomia da vontade, por exemplo.

O foco sai do indivíduo-proprietário e chega ao indivíduo-pessoa. O direito do Estado social impõe que seus institutos sejam dirigidos à promoção da justiça social, da

garantia da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, da solidariedade, da observância dos aspectos axiológicos, e da superação dos rigores do formalismo tradicional.

O trabalho propôs-se a demonstrar, portanto, que as relações contratuais devem ajustar-se a parâmetros coletivos e sociais, não se resumindo à expressão da autonomia da vontade, que, para tanto, pode ser validamente limitada pela intervenção estatal no domínio econômico e social, a fim de que se consolide a igualdade entre os contratantes.

Assim, um estudo acerca dos limites e concepções atuais do princípio da autonomia da vontade no direito contratual, permite concluir que a idéia de limites à liberdade de contratar não supõe a exclusão do princípio da autonomia da vontade, haja vista ser este essencial para a formação do contrato. Contudo, como elemento fundamental da teoria dos contratos, a autonomia da vontade deve ser harmonizada com as finalidades coletivas e sociais igualmente protegidas pelo ordenamento jurídico, bem como com a proteção do contratante vulnerável. Ao poder de auto-regulamentação alia-se, desse modo, uma heteroregulamentação, consistente nas regras impostas pela ordem jurídica à autonomia da vontade.

Como visto, o formalismo que dominava a interpretação do direito e das relações contratuais, que se pautavam nos ditames da igualdade formal, não mais tem lugar na compreensão dos contratos. A interpretação e a aplicação do princípio da autonomia da vontade devem ser empreendidas com base na avaliação dos interesses coletivos e sociais que lhe são subjacentes, sem perder de vista o efetivo equilíbrio que deve existir entre as partes: somente o exame dos dados da realidade permite verificar a desigualdade entre os contratantes, observando-se que a proteção da liberdade de contratar não pode ser dissociada dos princípios da igualdade material, da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

A fim de concretizar tais princípios, o legislador reconhece a vulnerabilidade de um dos contratantes, e edita todo um conjunto normativo apto a oferecer-lhe um tratamento jurídico próprio, para que se equilibre a relação contratual.

O reconhecimento da vulnerabilidade, entretanto, não está sendo pacificamente compreendido entre a doutrina e a jurisprudência, que ainda insistem em continuar apegadas a princípios e conceitos jurídicos inaplicáveis às relações contratuais constituídas atualmente.

Aliás, não se assimilou ainda a compreensão de que a norma constitucional é “a mais legítima das fontes de irradiação dos valores que devem unificar axiologicamente todo o conjunto normativo”, e que, por isso, é necessário um contínuo processo de

“adequação dos institutos jurídicos ao contexto valorativo contemporâneo”, que tem como base a sua leitura à luz da ordem constitucional<sup>210</sup>.

É a partir dessa compreensão que o presente trabalho demonstra a necessidade de introdução de novos princípios contratuais, diante da real desigualdade entre os contratantes, o que, por sua vez, impôs o reconhecimento da vulnerabilidade, na medida em que o direito passa a considerar as qualidades das partes e o conteúdo do contrato, legitimando a intervenção estatal no sentido de reequilibrar a relação contratual.

Essa possibilidade de intervenção estatal, consubstanciada notadamente na edição de normas que oferecem uma maior proteção ao contratante vulnerável, legitima-se, desse modo, na constatação de que em determinadas relações contratuais um dos contratantes carece de proteção, daí porque o trabalho intentou realizar um exame dos elementos de vulneração de uma parte contratual, demonstrando as características dos relacionamentos contratuais que levam ao reconhecimento da vulnerabilidade e à conseqüente proteção do contratante mais fraco.

Embora não seja possível o estabelecimento de uma distinção estática entre contratantes fortes e fracos, diante da variabilidade das relações contratuais, compreende-se que em razão de determinadas circunstâncias fáticas comuns a tais relações o legislador pode presumir a fragilidade de um dos contratantes, ofertando-lhe tratamento jurídico diferenciado.

Assim, para o reconhecimento da vulnerabilidade não estão em causa debilidades de sujeitos singulares, por razões pessoais ou situacionais específicas, mas a sujeição, por causas estruturais, de certas categorias de contraentes ao poder contratual de outras categorias de sujeitos.

O legislador, então, constrói a presunção de vulnerabilidade e nela se apóia para impor as conseqüências jurídicas que entende convenientes, tornando irrelevante a discussão sobre o fato presumido.

As transformações do direito dos contratos relatadas ao longo do presente estudo, e a conseqüente proteção ao contratante vulnerável, podem ser perfeitamente reconduzidas às normas constitucionais, ou seja, seus fundamentos decorrem da própria Constituição.

---

<sup>210</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 506.

A reflexão acerca do direito contratual passou a abranger novos temas, como a aplicação dos princípios da ordem econômica às relações jurídicas contratuais, e a necessária observância aos valores sociais da livre iniciativa, à dignidade da pessoa humana e aos ditames da justiça social, que, somados aos princípios da igualdade e da solidariedade fundamentam a proteção ao contratante vulnerável.

O modelo contemporâneo de contrato, que busca realizar os referidos preceitos constitucionais, caracteriza-se, sobretudo, pela percepção da pessoa humana, sua socialidade e dignidade. As partes contratantes não mais se concebem em termos formais e abstratos, como se fossem efetiva e igualmente livres para estabelecer com quem, como e o quê contratar. Ao contrário, a característica que marca o direito contratual contemporâneo é a expansão das normas orientadas à proteção dos contratantes vulneráveis.

## **REFERÊNCIAS**

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos Albuquerque. Liberdade de contratar e livre iniciativa. **Direito Civil-Constitucional: situações patrimoniais**. Carmem Lúcia Silveira Ramos (Coord.). Curitiba: Juruá, 2002.

ALMEIDA, João Batista de. **Proteção Jurídica do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. **Revista de Direito Privado**. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBERIS, Mauro. Libertad y Liberalismo. **Isonomía**. n. 16. Abril, 2002, p. 181. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/isonomia.shtml>>. Acesso em: 20.05.2007.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**. n. 14. Salvador, jun./ago., 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14.01.2008.

BELMONTE, Cláudio Petrino. Principais reflexos da sociedade de massas no contexto contratual contemporâneo. Disposições contratuais abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEZERRA, Paulo. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? **Direitos Humanos e Democracia**. Clèmerson M. Clève; Ingo W. Sarlet; Alexandre C. Pagliarini (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURGOIGNIE, Thierry. A política de proteção do consumidor: desafios à frente. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 41, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 561.853-MG. Agravante: Nuclear Medcenter Ltda. Agravado: General Electric Company e outros. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 27 de abril de 2004. **Diário de Justiça**, 24.05.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 167.516-PR. Recorrente: General Motors do Brasil Ltda. Recorrido: Automec Veículos Ltda. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 15 de março de 2007. **Diário de Justiça**, 02.04.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 415.150-PE. Recorrente: Banco Ford S/A. Recorrido: UNAVEL – Una Veículos e Peças Ltda. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 02 de agosto de 2007. **Diário de Justiça**, 27.08.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 540.235-TO. Recorrente: Emílio Athiê. Recorrido: Oliveira Silva Táxi Aéreo Ltda. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 07 de fevereiro de 2006. **Diário de Justiça**, 06.03.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213-MC. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello, **Diário de Justiça**, 23.04.2004, p. 296.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 319-DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 03.03.1993. **Diário de Justiça**, 30.04.1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n.º 71001527258. Recorrente: Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. Recorridos: Antônio Vieira Braga e Noli Moreira Braga. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 28 de Fevereiro de 2008. **Diário de Justiça**, 05.03.2008.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. n. 19. São Paulo: RT, jul./set., 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 31, São Paulo: Dialética, out. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 03. São Paulo: RT, set./dez., 1992.

CRUZ, Luis M.. **La Constitución como orden de valores – problemas jurídicos y políticos: un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo**. Granada: Comares, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias**. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Alagoas, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista da Universidade de São Paulo**. n. 21. mar./mai., 1994.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Trimestral de Direito Civil**. a. 2. v. 5. Rio de Janeiro: PADMA, jan./mar. 2001.

GREYSER, Stephen A.. Uma análise das críticas aos impactos sociais da publicidade e uma explicação geral sobre o poder da publicidade. **Coleção Harvard de Administração**. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Defensa Del Consumidor**. 1. ed. Santa-Fe: Rubinzal-Culzoni, 1993.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITE, Fábio Carvalho. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. ano 2. vol. 8. Rio de Janeiro: PADMA, out./dez., 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. n. 141. Brasília: Senado Federal, jan./mar., 1999.

\_\_\_\_\_. **Do contrato no Estado Social**. Maceió: Edufal, 1983.

\_\_\_\_\_. **O Contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 42. São Paulo: RT, abr./jun., 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1.º a 74: aspectos materiais**. São Paulo: RT, 2003.

MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ntcont.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc)>. Acesso em: 20.11.2007.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco**. n. 11. Recife, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado: parte geral**. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 15. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do Departamento de Direito, ago-dez, 1999.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Solidariedade. **Os princípios da Constituição de 1988**. Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho (Orgs.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. Compatibilidade entre os princípios do Código de Defesa do Consumidor e os do Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 57. São Paulo: RT, jan./mar., 2006.

\_\_\_\_\_. O MP e a legitimidade para a defesa dos interesses coletivos decorrentes de questões tributárias de massa. **Revista de Estudos Tributários**. n. 11. Porto Alegre: Síntese, jan./fev., 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. **Revista de Direito Privado**. n. 17. São Paulo: RT, jan./mar., 2004.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos: estudos**. Coimbra: Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. **O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.** Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2003.

ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2001.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: Teoria, Técnica e Prática**, 7. ed., São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** George Salomão Leite (Org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, ano XX, Abr/Jun., 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**. ano 1. n. 2, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento Justificatorio Judicial. **Doxa**. n. 21, 1998, p. 483. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 03.04.2007.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.