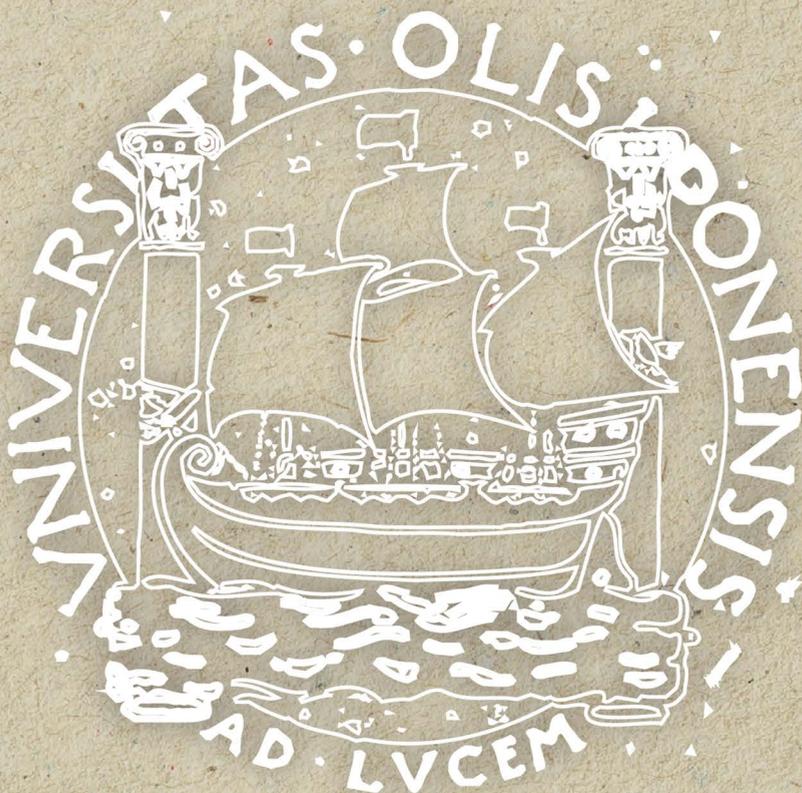


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

A vulnerabilidade no Direito Contratual

Vulnerability in Contract Law

Jorge Cesa Ferreira da Silva*

Resumo: A vulnerabilidade é um conceito recente no Direito Contratual. Apesar disso, sua utilização se difundiu na doutrina e uma parte relevante do Direito Contratual pode ser analisada a partir dela. Essa difusão levanta a questão sobre a existência de um “princípio da vulnerabilidade”, aplicável aos casos em que houvesse uma disparidade material entre as partes. O artigo analisa essa questão e a responde negativamente.

Palavras chave: contrato, vulnerabilidade, paternalismo, antidiscriminação, princípio da igualdade, sujeito de direito, contratos assimétricos.

Abstract: Vulnerability is a recent concept in contract law. In spite of this, the concept has been widely deployed by legal scholars and a significant part of the contract law has been legally analyzed through the idea of vulnerability. This widespread use of the concept raises the question of whether contract law contains a “vulnerability principle”, which should govern cases in which there is a material discrepancy between the parties. This essay addresses this question and answers it negatively.

Keywords: contract, vulnerability, paternalism, antidiscrimination, equality, legal personality, asymmetric contracts.

Sumário: I. Aproximações conceituais; A. Elementos integrantes do conceito; A.1. Aspectos gerais; A.2. Vulnerabilidade fática e vulnerabilidade jurídica; B. Delimitações externas; B.1. Paternalismo; B.2. Antidiscriminação; II. Espaços de atuação jurídica; A. O princípio da igualdade no direito contratual; A.1. O sujeito no Direito Contratual; A.2. As emanções da igualdade no Direito Contratual e a relação com a vulnerabilidade; B. Contratos estruturalmente assimétricos; B.1. Perfil contratual; B.2. Efeitos; III. Conclusão.

A realidade contratual implica, entre outras, uma dualidade relativa a sujeitos envolvidos no contrato. De um lado, a *teoria contratual* é composta por mecanismos formais de “equiparação das coisas”, nos quais atuam tipificações, presunções, abstrações e generalizações. Esses mecanismos destinam-se, em síntese, a garantir

* Doutor em Direito (USP), Mestre em Direito (UFRGS), Advogado.

a adoção de critérios gerais passíveis de aplicação à totalidade ou a parcelas consideráveis dos atores econômicos, sem observância das características particulares dos sujeitos concretos e, portanto, com capacidade de reprodução a outros casos similares. Nesse âmbito, os sujeitos envolvidos – partes da negociação em curso ou do contrato celebrado – são percebidos, salvo exceções, de modo equivalente, em atenção a uma igualdade que se poderia chamar de “formal”. O direito contratual é, sob esse ângulo, a execução de uma certa noção de ser humano, o sujeito de direito.

De outro lado, a *prática contratual* é testemunha rotineira de contratos celebrados por pessoas concretas dotadas de capacidades dissonantes em aspectos contratualmente sensíveis. As partes concretamente consideradas possuem distintos níveis de conhecimento sobre o objeto contratual, distintas capacidades técnicas de avaliar as responsabilidades e os riscos assumidos, desequilibrados poderes econômicos e capacidades de fazer valer os seus interesses, diferentes habilidades negociais, distintas necessidades e fraquezas, além de formações, culturas e históricos pessoais largamente descompassados. Em alguns casos, essas distinções são tão expressivas que, sob a ótica de um terceiro à relação, mostram-se injustos os efeitos – ou, ao menos, os possíveis efeitos – dessas fortes diferenças constatáveis no caso concreto. Essa desigualdade, que se poderia chamar de “material”, não está no sujeito de direito, mas nos sujeitos factuais.

É na moldura dessa dualidade que, não raro, o legislador atua, em intervenções destinadas a promover o equilíbrio de relações contratuais nas quais, conforme uma série de critérios historicamente situados, um dos membros da relação é tido por *vulnerável*. Essa atuação foi marcante no Século XX, como demonstram as legislações sobre arrendamento, relações de trabalho, juros, contratos agrários, contratos de adesão e condições contratuais gerais, entre outras que, na expressiva descrição de Natalino Irti, podem ser chamadas de “estatutos dos grupos”.¹ De uma forma mais abrangente, nas últimas décadas do século passado, o Direito Contratual viu-se às voltas com a proteção do consumidor, para o que a vulnerabilidade de um dos polos da relação serviu de mola propulsora e de poderoso fator de legitimação.² Já neste século, a emergência de estatutos antidiscriminatórios retomou o tema da vulnerabilidade, especialmente por reconhecer-se que parcelas da população sofrem restrições – inclusive contratuais – em virtude de particularidades

¹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1989, p. 26 ss.

² Para dados sobre o desenvolvimento inicial do Direito do Consumidor em diversos países e no plano internacional, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 29 ss.

subjetivas inerentes, como gênero ou cor da pele, ou de escolhas de natureza personalíssima, como religião e estado civil.³

Interessante notar que, conquanto a ideia de vulnerabilidade tenha servido de gatilho a tantas intervenções, de ela corresponder a uma ideia recorrente na solução de diversos casos e de ser ela discutida pela doutrina com alguma repetição, o termo “vulnerabilidade” não faz parte do léxico jurídico tradicional.⁴ Em certa medida, ela é uma palavra nova no discurso jurídico, não tendo participado, por exemplo, das grandes codificações ou da reforma de códigos, como é o caso dos atuais Código Civil português ou do Código Civil brasileiro, cujos respectivos projetos, em certa medida, aproximam-se do ponto de vista histórico.⁵ Apesar disso, no plano comunicativo jurídico, é correto afirmar que a noção de vulnerabilidade gera efetiva comunicação, haja vista que o emitente da mensagem, ao usá-la, transmite ao receptor informações dotadas de sentido.⁶ No entanto, falta à noção de “vulnerabilidade” uma delimitação mais precisa.

Sabe-se, ao ouvi-la, que se está a tratar de alguma espécie de comparação, pela qual alguém está posto em situação de fragilidade ou inferioridade em relação a outro e, por isso, é digno de maior tutela. Apesar disso, ao se dar os primeiros passos na antessala do conceito, já aparecem as dúvidas. Em geral, não se tem por definida qual a situação de fragilidade que poderia ser assumida como premissa da sua atuação; não se conhecem os efeitos específicos decorrentes da sua demonstração concreta; não se tem clareza sobre o *locus* da sua atuação (limitar-se-ia à atividade legislativa ou abrangeria a atividade jurisdicional?) ou se haveria ramos jurídicos (por ex., o Direito Comercial) que seriam imiscíveis a ela.

³ Marcantes em relação ao tema, especialmente pela consequência na legislação interna dos países da Comunidade, são as Diretivas 2000/43/CE; 2000/78/CE; 2002/73/CE; 2004/113/CE.

⁴ Para considerações sobre a etimologia do termo “vulnerabilidade” e do início da sua história no âmbito jurídico, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 321 s.

⁵ O atual Código Civil brasileiro, de 2002, teve seu projeto desenvolvido a partir de 1969, tendo a comissão redatora se valido do Código Civil português de 1966 como fonte de comparação. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 96 ss.

⁶ No Código Penal brasileiro, a palavra “vulnerabilidade” passou a ser utilizada depois de modificações pontuais realizadas a partir de 2009. Ela se encontra, por exemplo, na regulação dos “Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável” (artigos 217-A a 218-C), com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, bem como na majorante do homicídio, na hipótese do feminicídio, se o crime é praticado “contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante *ou de vulnerabilidade física ou mental*”, conforme redação incluída pela Lei nº 13.771/2018. Interessante notar que, apesar do Direito Penal devotar uma maior preocupação com a delimitação vocabular, o termo “vulnerabilidade” não é definido por ele.

O que se constata é que a vulnerabilidade permeia uma série de relações jurídicas e que essa circunstância, para além de instruir o legislador, também se apresenta como fator de avaliação e ponderação em casos concretos. Com efeito, não é incomum que, na estimação jurídica dos casos, o arquétipo do pequeno David lutando contra o poderoso Goliás se apresente como um dos temas de ponderação.

É a este ponto específico que se dedica o presente artigo. Ele não se volta a descrever o percurso trilhado pelo legislador, de modo a retirar dele alguns contornos definitórios da vulnerabilidade, nem a analisar sítios já ocupados pela ação legislativa, seja em perspectiva hermenêutica, seja em perspectiva crítica. *O que se pretende é averiguar se e como a vulnerabilidade de uma parte contratual é, ou pode ser, um fator de eficácia jurídica, exatamente naqueles âmbitos não previamente ocupados pela ação legislativa.* A questão que se propõe, portanto, poderia ser sintetizada da seguinte forma: *haveria, no direito contratual, conforme ele é usualmente considerado pela dogmática jurídica, um princípio da vulnerabilidade, capaz de determinar, normativamente, a decisão de casos concretos?*

Essa questão ganhou sentido, pelo menos, desde as últimas décadas do século XX, sobretudo em face da emergência do Direito do Consumidor e da proeminência, prática e teórica, conquistada por ele. A partir dele e dos movimentos que o circundaram, parcela da doutrina acolheu uma espécie de “consumerização do direito privado” ou postulou uma maior “materialização” do direito contratual, na qual a vulnerabilidade exerce papel importante para a definição do regramento do caso.⁷

Para a resposta a essa questão, fundamental iniciar por uma aproximação conceitual com a vulnerabilidade, seguindo-se com a análise de seus possíveis espaços de atuação jurídica.

⁷ Exemplificativamente, SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: L.G.D.J., 2000. Sobre o tema, afirma Miragem: “Com fundamento no princípio da vulnerabilidade, o âmbito de aplicação das normas de proteção do consumidor pode ser restringido ou ampliado. (...) Entretanto, é também possível, com base no mesmo princípio, estender aplicação das normas do CDC [Código de Defesa do Consumidor brasileiro] às relações em que esteja presente o desequilíbrio de forças entre os sujeitos da relação.” MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 199. Em sentido semelhante: “A vulnerabilidade é subprincípio derivado do grande princípio social da equivalência material, no plano da teoria geral dos contratos.” LÔBO, Paulo. Vulnerabilidade jurídica do contratante. In: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (org). *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 1-15 (p. 9). Em perspectiva crítica, CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“. *Archiv für die zivilistische Praxis*, n. 200 (2000), p. 273-364.

I. Aproximações conceituais

A noção de vulnerabilidade tem sido utilizada no âmbito jurídico com certa rotina e há algumas décadas, mas, apesar disso, não foi lapidada de modo a definir-se e realçarem-se, com suficiente clareza, os seus contornos. Também o legislador não auxilia nessa lapidação. No caso do Direito brasileiro, o art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) estabelece ser um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo o “*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*”, não havendo nenhum complemento legal sobre o assunto. Mais recentemente, o art. 2º, IV, da chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), elencou, entre os princípios norteadores da lei, “*o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado*”, igualmente sem maiores delimitações, salvo a referência feita, no parágrafo único do referido artigo, de que serão objeto de decreto regulamentar “*os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.*” Com o complemento, fica claro que, depois de publicado o decreto regulamentador, a vulnerabilidade do particular perante o Estado corresponderá a uma presunção *juris tantum*, mas não fica clara a delimitação conceitual do termo.⁸

Apesar dessa certa indefinição, o seu núcleo conceitual é identificável e alguns elementos externos também auxiliam na compreensão do conceito.

A) Elementos integrantes do conceito

A noção de vulnerabilidade comunica, antes de tudo, um estado de fato que é relevante para o Direito. O conteúdo comunicativo da palavra decorre da linguagem comum e, desse plano, é trazido ao Direito. Entendê-la, portanto, demanda uma verificação desse significado para, depois, identificar os seus contornos jurídicos. Além disso, quando o termo é juridicizado, abre-se um novo jogo linguístico no qual o termo se insere. Pode-se falar, então, de uma vulnerabilidade concreta, fática, bem como de uma vulnerabilidade tratada como elemento ideal, jurídica.

⁸ De modo semelhante, para além das referências feitas ao Código Penal brasileiro (nota 6, acima), ver Lei 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), art. 7º, III e Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), art. 5º, parágrafo único; art. 10, parágrafo único; art. 39, § 1º.

A.1. Aspectos gerais

Tendo-se em conta o uso da palavra “vulnerabilidade” na linguagem comum, pode-se dizer que a sua noção se vincula, antes de tudo, a uma condição subjetiva. Aquele que é vulnerável encontra-se em uma situação de maior risco, haja vista a sua particular fragilidade. Essa fragilidade pode ser temporária ou definitiva, assim como pode variar em sua intensidade. A condição vulnerabilidade é, também, multifacetada. Ela pode se vincular à condição estritamente subjetiva do agente, como no caso de pessoas com poucos recursos econômicos ou portadores de graves deficiências mentais, ou pode ser relacional, ocorrendo em razão de algum aspecto relevante para o caso. Pode-se falar, então, em vulnerabilidade técnica, jurídica, psíquica, ambiental etc.⁹

A razão que faz com que alguém se encontre em situação de vulnerabilidade não se põe como pré-requisito da própria vulnerabilidade. Um dependente químico tende a ser vulnerável independentemente de ter, ou não, concorrido para que se encontrasse nesse estado. A vulnerabilidade pode decorrer de uma ação voluntária (participação em um esporte radical ou de certa profissão) ou de uma condição pessoal totalmente alheia ao governo do sujeito atingido por ela (sofrer de dada enfermidade, ter certa cor de pele etc.). No entanto, em geral, aquele que se põe voluntariamente na condição de vulnerável (o praticante de esporte radical ou o comerciante) tende a receber uma proteção jurídica menos intensa em comparação com a atribuída àqueles que se encontram nessa condição por ausência de opção, em conformidade com o reconhecido brocardo “*volenti non fit iniuria*”. De qualquer forma, o *estado risco* em relação ao sofrimento de danos é parte constitutiva do conceito.¹⁰ Como essa condição de risco será valorada pelo Direito é um outro âmbito de discussão.

Com efeito, nem todo estado de vulnerabilidade é acolhido pelo Direito. Além disso, há que se reconhecer que, no âmbito jurídico, a vulnerabilidade é reconhecida ora como um estado de fato (“vulnerabilidade fática”) e ora como uma condição jurídica de certos sujeitos (“vulnerabilidade jurídica”).

⁹ Cf. 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. 115 ss.

¹⁰ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY (org.), *Vulnérabilité et droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 13 ss. (p. 20).

A.2. Vulnerabilidade fática e vulnerabilidade jurídica

Dois elementos compõem a distinção entre vulnerabilidade fática e vulnerabilidade jurídica: a *percepção* da vulnerabilidade e a necessidade de que a situação atinja um certo *nível de gravidade*.

Nem todo estado de vulnerabilidade é abrangentemente reconhecido pelo Direito. Antes da famosa primeira mensagem do recém-eleito presidente John Kennedy ao Congresso dos EUA em 1962, a situação de vulnerabilidade dos consumidores já existia, mas, a ela, faltava o reconhecimento juspolítico.¹¹ Do mesmo modo, a condição de vulnerabilidade dos portadores de deficiência já existia antes da assinatura, em 30 de março de 2007, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em Nova York, mas coube à Convenção dar impulso à adoção de uma série de medidas jurídicas em diversos países. No Brasil, é há muito conhecida a existência de um nível excessivo de violência perpetrada contra homossexuais e transexuais, mas somente a partir de junho de 2019, com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26), foi reconhecida a inércia legislativa na regulação do tema e, por isso, fez-se extensível aos homossexuais e transexuais o tratamento da Lei 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Antes do julgamento da ADO 26 pelo STF, é inegável que a vulnerabilidade existia, mas a sua simples existência não era suficiente à criminalização de condutas contrárias a esses grupos vulneráveis.

Como se constata, há uma diferença entre a vulnerabilidade em seu estado fático e a vulnerabilidade juridicamente reconhecida. A vulnerabilidade jurídica pressupõe a vulnerabilidade fática, mas esta pode existir sem aquela. Para o reconhecimento, não há um ritual de passagem fixo, muito embora a atuação do legislador estabeleça uma clara demarcação. Antes dela, pode haver fortes indícios desse reconhecimento, em processo normalmente estimulado por movimentos sociais, sem que, durante esse processo de reconhecimento, haja uma maior certeza sobre o resultado deste, bem como sobre a sua extensão no âmbito jurídico.¹²

¹¹ A mensagem é tida como um dos principais marcos iniciais da história da proteção jurídica dos consumidores. Cf. ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 7; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Os direitos dos consumidores, cit., p. 30.

¹² Nos EUA, discute-se hoje, por exemplo, a condição de vulnerabilidade dos “asian-americans”, para o que tem exercido papel relevante os protestos de grupos envolvidos. Cf. BBC News, 22.04.2021, “Covid ‘hate crimes’ against Asian Americans on rise” (<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-56218684>), acesso em 23.04.2021.

O segundo elemento que distingue a vulnerabilidade fática da jurídica encontra-se no nível de gravidade que a situação de vulnerabilidade precisa atingir para que ela gere reflexos jurídicos.¹³ Uma pessoa que perde um parente ou um amigo muito próximo seguramente está vulnerável, pois fortemente atingida em seus sentimentos profundos, mas, por mais que se reconheça esse estado, dele não tendem a decorrer consequências jurídicas relevantes, ao menos, para fins contratuais. O mesmo ocorre em relação àquela sociedade que se encontra em difícil situação financeira. Somente por esta condição, seus negócios não serão atingidos. No entanto, se a difícil situação financeira atingir certo patamar, assim caracterizado conforme as regras jurídicas aplicáveis, a sociedade em crise poderá receber benefícios legais com vistas a sua revitalização.¹⁴

Por vezes, a gravidade não se encontra no estado de vulnerabilidade em si, mas corresponde a algum elemento externo a ela, que, no caso, a ela se agrega. É o que acontece com a lesão (ou negócios usurários), que, no Direito brasileiro, só atinge o negócio jurídico quando, para além do estado subjetivo de vulnerabilidade do lesado – caracterizado pela premente necessidade ou pela inexperiência – haja um acordo envolvendo prestações manifestamente desproporcionais entre si.¹⁵ Desse modo, o estado de vulnerabilidade fática do sujeito não terá nenhum efeito contratual se, por exemplo, houver uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação. O mesmo se verifica no art. 3.2.7, 1 (a) dos Princípios Unidroit sobre contratos comerciais internacionais de 2016. Segundo ele, pode haver anulação do contrato ou de uma de suas cláusulas se uma parte, por ter-se aproveitado do estado de vulnerabilidade da outra (caracterizado pela dependência, dificuldade econômica, necessidade premente, imperícia, ignorância, inexperiência ou falta de habilidade de negociar), obtiver uma vantagem excessiva.¹⁶

¹³ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité, cit., p. 23.

¹⁴ É o que parece exemplificar, no caso do Direito português, o Processo Especial de Revitalização, regulado pelo Capítulo II do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, em especial os efeitos previstos no seu art. 17º-E.

¹⁵ Código Civil brasileiro, Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

¹⁶ Article 3.2.7 (Gross disparity) – (1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. Este dispositivo equivale ao art. 3.10 da versão dos Princípios Unidroit de 2004, assim traduzida para o português por comissão de juristas liderada pelo Prof. João Batista Villela: Artigo 3.10 (Vantagem Excessiva) – (1) Uma parte pode anular o contrato ou uma de suas

Outros exemplos da ocorrência desses limiares, a partir dos quais a vulnerabilidade passa a ser juridicamente relevante, poderiam ser trazidos, mas a utilidade argumentativa seria pequena. A necessidade de que a vulnerabilidade atinja um certo nível de gravidade não provém da repetição dos exemplos, mas reside na natureza das coisas. Se qualquer estado de vulnerabilidade fática conduzisse a consequências jurídicas, a noção de suporte fático e a de segurança jurídica acabariam tão fortemente abaladas que a própria noção de sistema jurídico entraria em risco. A questão relevante, portanto, não é saber se deve ou não existir um certo limiar, mas sim onde ele se encontra, notadamente nos espaços não disciplinados pelo legislador.

B) Delimitações externas

A ideia de vulnerabilidade jurídica se aproxima de duas outras noções relevantes para o Direito e que, mesmo envolvendo diversos pontos de contato, com ela não se confundem. São elas o *paternalismo* e a *antidiscriminação*.

B.1. Paternalismo

Conquanto sejam diversas as críticas que se possa formular ao termo “paternalismo”, é certo que ele se cristalizou doutrinariamente, de modo que a sua substituição “ad hoc” concorreria para dificultar o entendimento do fenômeno que ele designa.¹⁷ Entende-se por paternalismo a forma de interferência estatal nas atividades, atuações ou nas manifestações volitivas do indivíduo contra a vontade deste, visando a protegê-lo ou proteger a sociedade de possíveis danos. No centro do conceito encontra-se a deliberação estatal executada em descompasso com a liberdade individual.¹⁸

cláusulas se, no momento da sua conclusão, o contrato ou a cláusula concedia à outra parte uma vantagem excessiva. Devem ser considerados, entre outros fatores: (a) que a outra parte tenha obtido injusta vantagem por se aproveitar do estado de dependência, de dificuldade econômica, de necessidade premente, de imperícia, de ignorância, de inexperiência ou de falta de habilidade de negociar da primeira parte; e (b) a natureza e o fim do contrato. (2) *omissis*, (3) *omissis*.” Cf. VILLELA, João Baptista *et al.* *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004: versão em língua portuguesa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 111 ss.

¹⁷ Para um histórico da terminologia e de suas razões, MATTEUCCI, Nicola. Paternalismo. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.), *Dicionário de política*. v. 2. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007, p. 908-909.

¹⁸ Cf. NEUNER, Jörg. Paternalismus im Privatrecht. *Juristen Zeitung* (JZ), 2020, p. 269-276 (p. 269); KRONMAN, Anthony T. Paternalism and the law of contracts. *The Yale Law Journal*, v. 92, n. 5, Apr. 1983, p. 763-798 (p. 763 s.).

Vários são os exemplos de paternalismo, muitos dos quais reconhecidos pela expressão “proteção do indivíduo contra si mesmo”. É o caso da imposição de capacetes para motociclistas e do uso de cinto de segurança em automóveis, da restrição ao consumo de tabaco, da vedação de suicídio ou da imposição de crianças frequentarem escolas.¹⁹ Igualmente não são poucos os exemplos no campo contratual, como ocorre no controle de aquisição de certos remédios, na proibição de venda de bebidas alcóolicas a menores, na proteção contratual atribuída aos incapazes, na vedação ao exercício de certas atividades, como é o caso de jogos de azar, na limitação de juros, entre outros. O Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho e a vedação de certas condutas pelo Direito Anticoncorrencial são campos férteis de normas paternalistas nos contratos.

Nem toda norma interventiva sobre contratos tem, necessariamente, caráter paternalista. A própria compreensão da abrangência do paternalismo depende de uma pré-compreensão, de cunho ideológico ou filosófico, acerca das funções e fins do poder estatal, bem como das conexões entre a liberdade individual e de outros valores. Como bem aponta Gordley, conforme a visão filosófica adotada, normas interventivas sobre contratos podem ser interpretadas como destinadas à preservação da justiça comutativa ou à realização da justiça distributiva, não se voltando, primordialmente, à restrição da liberdade individual.²⁰ Quando a lei restringe os negócios usurários, é a justiça comutativa que entra em cena. Quando a lei limita o acesso à aquisição de certos bens, em consideração ao estado de escassez momentânea, é a justiça distributiva chamada a atuar. Estas intervenções se destinam a manter vivas as linhas mestras do sistema contratual, para que o direito contratual contribua para a consecução de fins aos quais ele poderia se reportar, como, por exemplo, a realização de uma vida plena. A compreensão da existência de outros valores a serem perseguidos pela comunidade política para além da proteção da liberdade individual é essencial para o entendimento dos espaços ocupados, ou não, pelo paternalismo.²¹

Por outro lado, várias são as razões que conduzem a intervenções paternalistas nos contratos, não havendo um valor moral unitário ou um princípio único capaz de explicar essas intervenções.²² Neuner lembra alguns critérios justificadores de intervenções paternalistas, como é o caso da proteção de terceiros não envolvidos

¹⁹ KRONMAN, Anthony T. *Paternalism*, cit., p. 764, com outros exemplos.

²⁰ GORDLEY, James. *Morality and contract: the question of paternalism*. *William & Mary Law Review*, v. 48, n. 5, 2007, p. 1733-1772 (p. 1743).

²¹ GORDLEY, James. *Morality and contract*, cit., p. 1771 s.

²² KRONMAN, Anthony T. *Paternalism*, cit., p. 798.

no contrato (proibições de consumo de cigarros em restaurantes), a proteção dos interesses da comunidade (saúde pública, meio ambiente, concorrência, proteção contra a exclusão de certos grupos), a proteção da própria liberdade (proibição de autoescravização), assim como, em vista à concretização do Estado Social, as proteções contra a perda da identidade; contra a perda de perspectiva de vida e para a preservação do espaço existencial, do que servem de exemplo algumas hipóteses de proteção da moradia.²³

Os fundamentos jurídicos de normas paternalistas no regramento contratual dependem, evidentemente, do específico ordenamento jurídico, sobretudo no que respeita à abrangência e ao delineamento constitucional acerca da liberdade contratual e da sua relação com outros valores protegidos, como a saúde, a liberdade de manifestação, a proteção do consumidor e do meio ambiente, apenas para citar algumas hipóteses. Em síntese, trata-se aqui da juridicidade da ação estatal sobre a atividade dos cidadãos e, portanto, de uma discussão não só envolvendo conceitos de justiça ou moralidade, mas também, e mais precisamente, de constitucionalidade, de legalidade e de competência.

É exatamente neste ponto que se radica a distinção entre paternalismo e vulnerabilidade. Sem dúvida, algumas justificações possíveis da ação paternalista encontram-se na existência da condição de vulnerabilidade dos sujeitos atingidos. É o que demonstra a vedação à venda dos próprios órgãos ou mesmo a proibição da prática de arremesso de anões, cuja razão de ser pode se encontrar na proteção de grupos vulneráveis. No entanto, a existência de uma vulnerabilidade fática não é necessária, nem tampouco suficiente, à intervenção paternalista. Atividades protetoras do meio ambiente ou da saúde pública também demonstram: é provável que, nesses casos, a vedação de certas práticas só se relacione com a vulnerabilidade de modo contingente e apenas de modo indireto ou parcial.

Assim sendo, quando a vulnerabilidade der ensejo a atuações estatais de cunho paternalista, serão os limites dessas atuações que servirão de critérios de verificação da respectiva juridicidade. A existência de vulnerabilidade será, nessas hipóteses, fator influenciador da deliberação estatal, mas não será suficiente para a correção jurídica da ação estatal, fazendo-se necessário discutir sobre a sua legitimação constitucional e legal dos atos envolvidos.

²³ NEUNER, Jörg. *Paternalismus im Privatrecht*, cit., p. 271 ss.

B.2. Antidiscriminação

De uma forma extremamente resumida, pode-se definir a antidiscriminação – ou, talvez, o Direito da Antidiscriminação – como o conjunto de normas que, em benefício de alguns grupos, proíbem a prática de determinados atos ou concedem vantagens a esses grupos, com o intuito de reduzir ou extinguir discriminações²⁴ e, por conseguinte, promover uma maior integração social. Poder-se-ia dizer que a existência de discriminações sociais revela a existência de pessoas ou grupos vulneráveis e, portanto, a proteção dos vulneráveis ou a antidiscriminação se confundiriam ou, ao menos, teriam uma zona bastante grande de confluência. Apesar dessa inferência não ser incorreta, ela é por demais generalizante e, somente com ela, perde-se na compreensão de algumas nuances. Vale, portanto, desenvolver um pouco mais a noção de antidiscriminação para deixar mais claros alguns contornos conceituais da vulnerabilidade.

Ao contrário do que ocorre com o Direito Contratual, que, em linhas gerais, fornece estruturas às partes para que elas próprias realizem os seus interesses, o Direito da Antidiscriminação é finalístico e, portanto, trabalha com as ferramentas capazes de atingir os seus objetivos. Nesse sentido, nem toda discriminação possui reflexos sobre o Direito da Antidiscriminação, mas somente aquelas que, em razão de um processo histórico, recebem um certo reconhecimento jurídico. Esse reconhecimento – estampado em constituições, convenções internacionais, diretivas comunitárias e outros documentos normativos – caracteriza-se pela proteção a certos grupos. Esses grupos, portanto, variam conforme o ordenamento jurídico sob enfoque e são identificados por certos critérios utilizados à realização de diferenciações, tais como raça, sexo, orientação sexual, idade, religião ou o fato de portar uma deficiência.

No entanto, como esses critérios são abrangentes (todos possuem sexo, idade etc.), o que eles efetivamente significam são mecanismos de proteção de grupos

²⁴ A existência de discriminação é um fenômeno multifacetado, tendo raízes passíveis de estudo, e de explicação pela sociologia, antropologia, psicologia, economia e política, entre outras ciências. Uma definição sintética de discriminação, portanto, corre o risco de deixar de lado pontos relevantes do fenômeno. De todo modo, pode-se dizer, notadamente para os fins deste ensaio, que a discriminação corresponde a um conjunto de práticas sociais que conduzem ou podem conduzir à exclusão social ou à redução do acesso a bens sociais capazes de oferecer uma vida digna a todos os membros de uma dada sociedade. O uso do termo “discriminação”, na linguagem comum, é mais vasto. Para uma análise aprofundada do significado do termo na linguagem comum e na linguagem jurídica, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 29 ss.

particulares encontráveis sob o manto do critério. No critério “sexo”, encontram-se, pelo menos, o feminino e o masculino, mas, em geral, o feminino merece maior tutela do que o masculino; no critério “idade”, encontram-se, pelo menos, jovens e velhos, mas, em geral, velhos merecem maior tutela do que jovens e assim sucessivamente. São as proteções geradas, direta ou indiretamente, a esses grupos que qualificam as normas antidiscriminatórias.²⁵

O que faz com que um determinado grupo seja protegido não se relaciona, diretamente, à demanda específica pela tutela ou à condição de vulnerabilidade individual. Seguramente, a condição de ser criança e a de ser despossuído de recursos econômicos reclamam assistência jurídica, mas disso não se retira que haja, em relação a eles, uma proteção antidiscriminatória. Para que um grupo seja abrangido por esta proteção, deve existir alguma compreensão socialmente disseminada e dissimulada, frequentemente cultural, de que os membros desse grupo seriam dotados de qualidades inferiores em relação a outros constantes do mesmo critério. Essas qualidades de inferioridade decorrem, por sua vez, de sinais pessoais involuntários, inalteráveis (ou dificilmente alteráveis) ou relacionados à identidade personalíssima, como é o caso da religião.

No âmbito da antidiscriminação, membros de grupos protegidos são merecedores de tutela independentemente das suas condições subjetivas particulares. Um negro que, por sua cor de pele, tiver seu acesso preterido a um serviço oferecido ao público, terá proteção antidiscriminatória independentemente da sua condição financeira, do seu grau de instrução ou da qualidade de sua saúde. No entanto, podem ocorrer proteções maiores àqueles que possuem uma conjunção de fatores, como o caso de uma mulher negra e idosa. Neste caso, a condição particular do envolvido é, muitas vezes, levada em conta para se dimensionar o grau da tutela cabível.²⁶

Feitas essa sumária descrição de algumas características da antidiscriminação, podem-se apontar semelhanças, zonas de confluência, bem como distinções entre ela e a noção de vulnerabilidade.

A principal similitude entre os ambos os conceitos se encontra no fato de que, para que um grupo seja protegido pela antidiscriminação, deve-se pressupor que ele é socialmente vulnerável. Essa vulnerabilidade tende a ser real na maioria dos

²⁵ Sobre o perfil das normas antidiscriminatórias, cf. KHAITAN, Tarunabh. *A theory of discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 23 ss.

²⁶ SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o Direito da Antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa; BELL, Mark (Eds.), *Non-discrimination law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 170 ss.

casos individuais atuais, mas, uma vez que essa vulnerabilidade se cristaliza em uma norma jurídica, a vulnerabilidade (fática) passa a ser pressuposta. Isso vale para as normas antidiscriminação assim como para outras normas protetivas decorrentes de vulnerabilidade. Quando a vulnerabilidade é trazida à norma jurídica, os beneficiados – consumidores, negros, idosos, trabalhadores etc. – são tidos por vulneráveis independentemente das condições particulares dos concretamente envolvidos. A vulnerabilidade é, nesses casos, um dado posto pela norma jurídica, ainda que o dado fático seja um dos seus pressupostos de legitimidade, tanto no momento presente quanto da sua permanência no tempo. Nesse sentido, o que ocorre com a antidiscriminação também ocorre com a vulnerabilidade.

Essa relação entre fato e direito também revela uma zona de confluência digna de nota. Como demonstram as normas antidiscriminatórias, quando uma vulnerabilidade fática se torna pressuposta por uma norma jurídica, isso não significa que a vulnerabilidade fática deixe de existir. Ao contrário, ela segue existindo não apenas como fator legitimador da especial proteção, mas também como um dado de fato, capaz de ser utilizado na interpretação das próprias normas protetivas. É o que demonstra a discriminação interseccional, em que a condição de especial vulnerabilidade (fática) pode dar ensejo a proteções qualificadas.

Por outro lado, há distinções a serem apontadas, relativas ao campo de abrangência de cada uma. Nesse sentido, se é verdade que a proteção do grupo discriminado pressupõe a vulnerabilidade deste, também é verdade que existem vários outros grupos socialmente vulneráveis que não se encontram abrangidos pela antidiscriminação. Esta diz respeito a características pessoais, imutáveis ou dificilmente mutáveis, bem como a características que significaram, ao longo da história, fraqueza, debilidade ou alguma espécie de desvalia. Desse modo, não é qualquer espécie de vulnerabilidade que justifica a proteção antidiscriminatória, mas apenas aquelas que possuam uma certa condição causal.

A vulnerabilidade, portanto, é gênero do qual a vulnerabilidade antidiscriminatória é espécie. Nessa dinâmica, constata-se que, ao contrário do que ocorre com a antidiscriminação, a vulnerabilidade também abrange fatos atuais (não historicamente referenciados) e circunstanciais. É o caso de fumantes ou de pessoas que se encontram excessivamente acima do peso recomendável. Elas estão em condição de vulnerabilidade, mas não gozam de proteção antidiscriminatória (ainda que, em certos casos, possam ser objeto de discriminação). Além disso, a vulnerabilidade pode ser relacional, ou seja, ocorrer apenas no âmbito de certas relações jurídicas. É o que ocorre com vulnerabilidade do consumidor ou do trabalhador, que existem na medida em que o sujeito se encontra na relação jurídica de consumo ou de emprego, o que não corresponde a uma característica pessoal.

Como se constata, a vulnerabilidade é um conceito multifacetado e que, ao lado do seu inegável poder comunicativo, possui similitudes com outros conceitos jurídicos que, com ela, podem se confundir. Auxilia a gerar essa confusão o fato de que situações de vulnerabilidade darem ensejo a consequências jurídicas protetivas que, por sua vez, não encontram na vulnerabilidade seu único fator legitimador. A noção de vulnerabilidade, portanto, age ao lado de outras para a adoção de certos efeitos. Além disso, ela corresponde a um estado de fato que, quando recolhido pela norma, assume a condição de presunção. Cabe analisar como essa presunção e como esse estado de fato atua no sistema jurídico.

II. Espaços de atuação jurídica

A vulnerabilidade entra para o Direito, sobretudo, pela mão do legislador. Respeitado o quadro de competência constitucionalmente posto, cabe ao legislador estabelecer, em um primeiro plano, quando a vulnerabilidade subjetiva ou situacional de uma das partes enseja intervenções equalizantes, como ocorre no Direito do Trabalho, no Direito do Consumidor e no regramento de contratos de adesão. A atuação do legislador, por um lado, tem a virtude de esclarecer os contornos da vulnerabilidade aplicada e, com isso, concretizar o conceito. Porém, por outro lado, ela também traz consigo algumas dúvidas. Há uma certa contradição entre definir-se objetivamente um estado de fraqueza que, em essência, é subjetivo.²⁷ Decorre disso a questão de se saber o que se deve fazer quando a vulnerabilidade jurídica deixa de acompanhar a vulnerabilidade fática, ou quando os elementos dos conceitos legais, aqueles que justificam o regramento protetivo, são apenas parcialmente atendidos.²⁸ Além disso, a intervenção legislativa levanta a questão sobre a aplicabilidade de proteções naqueles âmbitos onde o legislador deixou de intervir, cujo exemplo por excelência é o dos contratos comerciais ou empresariais. Seria digno de tutela um comerciante (faticamente) vulnerável quando contratasse com um outro comerciante com especial poder econômico?

A solução dessas dúvidas envolve a análise de dois planos nos quais a vulnerabilidade pode se apresentar, um das condições subjetivas das partes, outro das condições objetivas do vínculo. O primeiro diz respeito ao princípio da igualdade e sua atuação no domínio contratual. O segundo, aos elementos estruturais de certos contratos.

²⁷ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité, cit., p. 19, referindo-se especificamente ao Direito do Consumidor, mas em consideração que se pode generalizar.

²⁸ HERRESTHAL, Carsten. Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB. *Juristen Zeitung* (JZ), 2006, p. 695-707.

A) O princípio da igualdade no Direito Contratual

A relação entre vulnerabilidade e igualdade é frequentemente apontada pela doutrina, notadamente para realçar aspectos “materiais” da igualdade. Nessa compreensão, a proteção do vulnerável seria não só uma emanção da igualdade, mas especialmente uma demonstração da “des-formalização” deste princípio. Conquanto possam existir compreensões filosóficas e ideológicas sustentadoras dessa visão, ela parece ser excessiva quando analisada a justificação da matriz dogmática da igualdade que atua no Direito Privado e, em especial, no Direito Contratual. Por isso, antes de realizar a descrição da atuação do princípio da igualdade no Direito Contratual, vale trazer à tona algumas referências gerais sobre a própria noção de sujeito incorporada pela dogmática.

A.1. O sujeito no Direito Contratual

No centro da análise acerca da igualdade no Direito Contratual encontra-se a noção de sujeito ou, mais precisamente, a de sujeito de direito. É exatamente para isso que se faz relevante tratar de algumas razões de ser do regramento subjetivo no âmbito da dogmática jurídica, dogmática essa que, ao fim, caracteriza-se como uma específica forma de conceber o Direito e fazê-lo aplicar.

Há uma miríade de razões pelas quais o sujeito seja delineado, na forma como o é, no âmbito da dogmática. Em primeiro lugar, há aspectos ligados à tradição. Constata-se uma espécie de “continuum” a ligar a justiça contratual atual, conforme ela é aceita genericamente nos ordenamentos ocidentais, com a da tradição clássica, que vinculava os contratos – ou as trocas – à justiça dita “corretiva” ou “comutativa”. Esta, como se sabe, se volta à relação *entre prestações*, de sorte a estabelecer ou pressupor um certo grau de equilíbrio entre elas.

Interessante notar que o acolhimento dessa espécie de justiça particular como base de compreensão contratual implica também um reflexo na noção de sujeito contratual. Questões relacionadas ao sujeito são, sobretudo, foco de atenção da justiça distributiva, que, apesar de ter uma relação necessária com o Direito Contratual, executa um papel restrito nele, usualmente decorrente de intervenções legislativas.²⁹ Desse modo, ao aplicar-se a justiça comutativa, perde relevância a discussão acerca da condição subjetiva da parte juridicamente autorizada a contratar,

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*. München: Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1997, p. 11.

já que essa condição já teria sido tratada por outra instância ou, caso não tenha sido, seria de competência de outra instância.

Outro elemento importante dessa tradição diz respeito à noção de equilíbrio entre as prestações. Por certo, ela é objetiva, pois as condições de mercado dão parâmetros à avaliação das grandezas envolvidas. Todavia, a competência para a determinação do conteúdo da troca e dos valores relativos dos bens envolvidos é prioritariamente atribuída às partes, cabendo a intervenção externa apenas em situações excepcionais, do que a *laesio enormis* se apresenta como o exemplo mais evidente. A esta noção, vale lembrar, os escolásticos tardios agregaram elementos subjetivos, vinculados à ignorância ou à necessidade da parte que sofre o efeito negativo do desequilíbrio entre prestações, em um modelo que é seguido até hoje por diversos países.³⁰ Portanto, nem todo desequilíbrio objetivo entre prestações é relevante para o Direito Contratual, da mesma forma que nem toda discrepância subjetiva é relevante para o Direito.³¹

Para o que aqui interessa, é importante perceber que, *salvo situações excepcionais, as condições particulares dos sujeitos contratuais não são levadas em conta e, estes, uma vez autorizados a contratar, são tidos como suficientemente iguais*. Vale sublinhar que o discurso, neste tópico, não diz respeito ao sujeito de direito em si, mas, mais limitadamente, ao sujeito contratual, aquele que toma parte em relações de troca.

Com relação ao sujeito de direito em si, ente dotado de igual capacidade jurídica que, por sua vez, corresponde a um predicado atribuído a todos que fazem parte de uma dada comunidade política, não se pode deixar de perceber que esse conceito corresponde a uma grande conquista histórica.

A compreensão de que todos os membros da comunidade política são igualmente dotados de capacidade jurídica é, do ponto de vista histórico, tudo, menos óbvia. Até os séculos XV e XVI, não se tinha na Europa uma distinção nítida, na qualidade de sujeitos de normas jurídicas, entre o ser humano e outros animais ou quaisquer outros entes da natureza. O ser humano não era tido, pelo fato de deter esta condição, como algo dotado de necessário valor. Para tanto, era fundamental o pertencimento a certo grupo, como a família, a religião, o povo.³² Foi apenas com o racionalismo

³⁰ Exemplificativamente, é o caso do Brasil, Código Civil, art. 157 (“lesão”); Portugal, Código Civil, art. 282º (“negócios usurários”) e da Alemanha, BGB, § 138 alínea 2 (“Wucher”).

³¹ GORDLEY, James. *Private rights and the common good*, p. 8 s. (texto ainda não publicado). Ressalta a relevância da lesão como modelo de abordagem da condição subjetiva da parte, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldrechts*, cit., p. 280 e 296 ss. O tema é retomado abaixo, no item II.B.2.

³² HATTENHAUER, Hans. „Person“: Zur Geschichte eines Begriffs. *Juristische Schulung*. v. 22, n. 6, p. 405-411 (p. 405).

e com o iluminismo que o ser humano passou a ser entendido como alguém dotado de valor em si mesmo e não apenas como o reflexo da sua relação com um dado grupo. Esse indivíduo que, igualmente aos seus semelhantes, se consubstancia como sujeito de direito, é aquele a quem Kant atribuiu a capacidade de estabelecer a sua própria lei.³³ Seguramente, essa operação formaliza o sujeito do direito, retirando-lhe de seu contexto factual. No entanto, não se pode deixar de notar que essa formalização também representa uma grande conquista valorativa.

Essa conquista tem reflexos relevantes na compreensão política da sociedade jurídica, notadamente em Estados democráticos. A igualdade entre sujeitos e a liberdade, a eles atribuída, de disporem sobre os seus próprios destinos – no que, evidentemente, se incluem os seus destinos *econômicos* – é pressuposto de uma sociedade aberta e democrática. Como bem sublinha Canaris, há uma estreita correlação entre o princípio da democracia e a liberdade contratual, haja vista basearem-se, ambos, nos mesmos valores fundamentais: a liberdade e a igualdade.³⁴ Nesse sentido, o Direito Privado em geral e o Direito Contratual em particular assumem um papel constitutivo do modelo de sociedade que se tem e que se busca ter. Em uma sociedade livre e aberta, cabe ao Estado um papel limitado no domínio privado, de sorte a reconhecer ao cidadão a primazia na determinação da sua forma de agir e na definição dos seus objetivos individuais, bem assim no como perseguir esses objetivos. Cabe ao cidadão, antes de tudo, a atribuição de decidir de modo autônomo sobre si mesmo e, como contraponto necessário, assumir individualmente a responsabilidade por suas escolhas.³⁵

Por certo, o modelo assim delineado, fulcrado nas grandes linhas da organização do Estado, apresenta espaços abertos à injustiça, sobretudo quando o foco se volta às microlinhas das relações concretas. Mas, antes de que dessa constatação decorra uma crítica que conduza ao afastamento *tout court* desse modelo, há que se passar ainda por alguns elementos de ponderação.

De plano, cabe lembrar que, se a liberdade contratual, baseada no pressuposto da igualdade das partes, não é capaz de garantir a efetivação de resultados necessariamente justos, também é verdade que, com ela, pode-se evitar que injustiças

³³ HATTENHAUER, Hans. „Person“, cit., p. 406.

³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”. In: MONTEIRO, António Pinto (org.). *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 49-66 (p. 56). Os assuntos abordados neste artigo encontram-se também presentes em CANARIS, Claus-Wilhelm. *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatgesellschaft*. In: BADURA, Peter; SCHOLZ, Rupert (org.). *Wege und Verfahren des Verfassungslebens* (FS Peter Lerche). München: C.H.Beck, 1993, p. 873-891.

³⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual, cit., p. 51.

ainda mais graves sejam efetivadas. Essa compreensão não tem necessariamente uma visão ideológica acerca daquilo que se projeta ser o “mal maior”, mas acredita sobretudo no mecanismo da livre concorrência como meio de reduzirem-se dependências, poderes e privilégios no mercado.³⁶ Em um mercado que respeita a concorrência e em que ela é efetiva, a eventual condição de poder de uma das partes pode ser mitigada, por exemplo, pela escolha de outro parceiro. Além disso, não se pode esquecer que, em diversos ordenamentos jurídicos, a regulação contratual não é diminuta e, não raro, a intervenção do legislador visa exatamente a garantir um maior equilíbrio de forças negociais e/ou dos poderes contratuais. A essa intervenção se agregam os princípios jurídicos reconhecidos no ordenamento em questão, para o que a doutrina exerce grande relevância na constatação da existência, na compreensão do âmbito de aplicação e na extensão dos respectivos efeitos.

Por fim, aplica-se ainda, a casos residuais, a regra da lesão (Código Civil brasileiro, art. 157) ou dos negócios usurários (Código Civil português, art. 282º). Muito embora essa norma tenha, reconhecidamente, aplicação restrita na prática³⁷, ela não pode ser desconsiderada em sede de análise geral, haja vista seu peso valorativo. Isso porque ela estampa a preocupação do sistema com a condição de vulnerabilidade de uma das partes e indica os parâmetros para o acolhimento da vulnerabilidade fática. Além disso, porque a sua restrita atuação prática parece sublinhar a maior relevância de outros mecanismos jurídicos de tutela da vulnerabilidade, concretizados a partir de outras intervenções pontuais. Por fim, porque o modelo, pensado fundamentalmente para garantir o equilíbrio genético entre prestações, pode ser utilizado ampliativamente, em especial no caso da manutenção do equilíbrio funcional, como se verá a seguir (tópico B.2, abaixo).

Feitas essas considerações sobre o sujeito no Direito Contratual, cabe analisar agora como a igualdade se comporta neste mesmo campo.

A.2. As emanações da igualdade no Direito Contratual e a relação com a vulnerabilidade

É inegável a relevância do princípio da igualdade no Direito Público, notadamente nos Estados laicos e democráticos. No Direito Privado, a força deste princípio é menos intensa, sobretudo em razão do papel constitutivo da autonomia privada, que autoriza os cidadãos a tomar decisões econômicas de conteúdo arbitrário e

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual, cit., p. 58 s.

³⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*: parte geral. T. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 651.

não igualitário. A redução dessa força, porém, não significa uma inaplicabilidade do princípio sobre o Direito Privado e tampouco uma aplicabilidade insulada ou pontual. Descartar a relevância da igualdade para o Direito Privado corresponderia a uma injustificável desconsideração valorativa desse ramo, como também um desconhecimento da realidade normativa na qual ele se insere, na qual a igualdade, com frequência, dá mostras de sua aplicação.³⁸

No caso do Direito Contratual, duas são as principais questões que se levantam quando da análise de sua aplicabilidade: (i) qual o fundamento da sua cogência e (ii) quais as características da sua eficácia.

No Brasil, o fundamento da cogência da igualdade sobre o Direito Contratual foi repetidamente buscado em espaços externos ao Direito Contratual. Nesse sentido, remeteu-se à intervenção do legislador e à Constituição.³⁹ As duas remessas são questionáveis. A primeira porque nada diz sobre a aplicabilidade da igualdade em casos não tratados pelo legislador. A segunda, porque deixa ao desabrigo a constatação de que a igualdade constitucional e a igualdade do Direito Contratual guardam relevantíssimas distinções. Basta lembrar, nesse sentido, que, salvo exceções, um comerciante pode, sem censura *jurídica*, tratar diferentemente os seus parceiros contratuais, concedendo um preço menor a um em relação a outro ou um crédito maior a um em relação a outro, a partir de distinções estabelecidas pela sua própria deliberação e sem vinculação a um padrão racional prévio e consistentemente aplicado. A própria escolha do parceiro negocial é um exercício da liberdade e, não, da igualdade.⁴⁰ Diante disso, mostra-se necessário compreender a igualdade do Direito Contratual por uma perspectiva interna, ou seja, de dentro do Direito Contratual. Nada obstante, as referências externas, notadamente os valores constitucionalmente assentados, influenciam as abordagens internas ao Direito Contratual, na medida em que seria inconcebível que o

³⁸ RAISER, Ludwig. Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*. n. 111, 1948, p. 75-111. O tema foi desenvolvido em SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato, cit., p. 204 ss., com referências bibliográficas complementares.

³⁹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 33 ss.; ARANTES, Priscila Lacerda Junqueira de. *O princípio da igualdade substancial na teoria contratual contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁰ Na Alemanha, país berço das discussões acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, não é aceito que, da igualdade prevista na Lei Fundamental, derive a fonte dos deveres de igualdade no Direito Privado. Cf. STARCK, Christian. Art. 3. In: MANGOLDT, Hermann V.; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz*. Bd 3. München: Franz Vahlen, 2005, p. 386 ss.; HEUN, Werner. Art. 3. In: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetz Kommentar*. Bd I. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 445 e 457; VERSE, Dirk A. *Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 83 ss.

sistema jurídico, do qual o Direito Privado é uma parte, não envolvesse influências intrassistêmicas.

Com relação à eficácia da igualdade no Direito Contratual, há que se perceber, antes de tudo, que a igualdade não é um conceito monolítico. Como frequência, fala-se de igualdade como se ela correspondesse a uma realidade unitária, ainda que se pudesse analisá-la sob diversos ângulos. Esses distintos ângulos corresponderiam à chamada igualdade de resultados, ou de chances, ou de realizações, ou de méritos, ou de necessidades, entre outros possíveis. Sem embargo da existência desses diversos ângulos de análise, a observação mais atenta da igualdade demonstra que, sob esse signo, encontram-se “realidades conceituais” distintas, cada uma com seu mecanismo operativo e, portanto, com distintas eficácias. Essas “realidades conceituais” se reconduziriam, todas, à clássica expressão geral da igualdade, que reclama *tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida desta desigualdade*. Essas distintas “realidades conceituais” correspondem a três funções operativas da igualdade, passíveis de ser denominadas de *igualdade de reconhecimento, igualdade de tratamento e igualdade de equiparação*.⁴¹

A *igualdade de reconhecimento* corresponde à delimitação do grupo ao qual é acolhida a semelhança intersubjetiva de base. As sociedades, mesmo as historicamente mais excludentes, possuem certos critérios de inclusão e exclusão no grupo dotado do pleno gozo das capacidades jus-políticas, dentro do qual vigora a igualdade. Abaixo deste, estabelecem-se os grupos subalternos, no interior dos quais também vigora uma igualdade jurídica. É o caso dos “sui iuris” e dos “alieni iuris”, da divisão entre nobres e plebeus, entre sujeitos livres e escravos e assim sucessivamente. No Direito ocidental pós-revolução burguesa, passou-se paulatinamente a compreender que os membros da comunidade política possuiriam um mesmo estatuto jurídico mínimo e que este estatuto era igualmente *reconhecido* a todos. É o que se reflete em expressões jurídicas como a constante do art. 13º, 1 da Constituição portuguesa (“todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”) ou do art. 66º, 1 do Código Civil português (“a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo com vida”). *Não fora assim* antes da Revolução Francesa,

⁴¹ O tema foi mais detidamente analisado em SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato, cit., p. 216 ss. O modelo, aplicado ao Direito Societário, encontra-se em SILVA, Jorge Cesa Ferreira da; SPINELLI, Luís Felipe. Notas sobre a igualdade no Direito Privado: o exemplo do Direito Societário. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, cultura e método*: leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ, 2019, p. 877-896.

não foi assim antes da abolição da escravatura no Brasil, *não é assim* no Direito Islâmico.⁴²

Por certo, esse reconhecimento se resume ao plano ideal dos conceitos jurídicos, de modo que ele nada diz acerca das condições concretas – e tampouco com a vulnerabilidade fática – dos membros da comunidade política. Isso não significa que esse reconhecimento seja destituído de valor prático, como bem demonstra, em um exemplo negativo, a condição jurídica de escravo. De todo modo, o alvo da igualdade de reconhecimento não é de agir sobre a realidade fática, mas, sim, de delimitar as fronteiras dentro das quais as comparações, próprias à noção de igualdade, possam ser feitas com sentido jurídico. Trata-se, aqui, essencialmente de uma ferramenta estrutural do sistema.

A segunda função operativa da igualdade pode ser definida como *igualdade de tratamento*. Ela se manifesta em normas que determinam que um mesmo tratamento seja dispensado a duas ou mais pessoas, seja porque essas pessoas se encontram na mesma situação jurídica (não havendo razão para diferenciá-las), seja porque algum elemento fático, que poderia ser levado em conta para uma diferenciação, não pode ser utilizado para distinguir (proibição de diferenciação).⁴³

A primeira hipótese pode ser chamada de *igualdade de tratamento objetiva*. Nela, há pessoas envolvidas em uma mesma titulação jurídica, encontrando-se nisso o critério de equiparação. O Direito brasileiro dá alguns exemplos. Conforme o art. 283 do Código Civil, relativo à solidariedade passiva, o devedor que satisfaz a dívida tem o direito de exigir dos codevedores as suas respectivas quotas, sendo dividida igualmente entre eles a quota do devedor insolvente. Além disso, estabelece que se presumem iguais as quotas de todos os codevedores no débito. Assim também, no regramento da doação comum (ou seja, a feita a mais de um donatário), estabelece art. 551 do Código Civil que, salvo declaração em contrário, a doação entende-se distribuída por igual.

Nos casos de igualdade de tratamento objetiva, a condição de igualdade se encontra no fato de existir um mesmo direito ou de um mesmo dever, ou ainda de uma mesma fonte de titulação. Diante disso, caberá ao Direito definir a consequência jurídica aplicável. Quando inexistente deliberação sobre o assunto, seja

⁴² Quanto ao Direito Islâmico, cf. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 413 (trad. Marcela Verejão); MALLAT, Chibli. Comparative law and the islamic (middle eastern) legal culture. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford handbook of comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 609-639 (p. 632 ss.).

⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato, cit., p. 221 ss.

por meio da intervenção legislativa, seja por meio da autonomia privada, seja ainda pela incidência de algum princípio jurídico, aplica-se a igualdade na consequência jurídica. Portanto, a cogência da igualdade, nesses casos, decorre do imperativo de coerência sistemática, em observância à igualdade de reconhecimento. Todavia, sua aplicação é subsidiária, para quando não há regramento mais específico em sentido contrário. Pode-se adjetivar de “objetiva” essa subespécie de igualdade porque, nesses casos, não são levadas em conta as condições do caso no qual os sujeitos envolvidos se encontram.

Por sua vez, algo diferente ocorre nas hipóteses que se pode denominar de *igualdade de tratamento subjetiva*.⁴⁴ Nelas, há uma *vedação de diferenciação* entre duas ou mais condições particulares que a norma compreende como incapaz de gerar distinções, ainda que, na prática, essas distinções pudessem ter algum grau de relevância. Algumas normas antidiscriminatórias servem de exemplo. Ainda que possam existir motivações economicamente justificáveis para se diferenciar entre um portador de deficiência e um não portador para fins de acesso à escola privada, o estabelecimento de ensino não pode tomar essa condição (fática) em conta para estabelecer limites de acesso à criança portadora de deficiência.⁴⁵

Assim também ocorre no art. 727 do Código Civil brasileiro, dedicado ao contrato de corretagem. Conforme determina, o pagamento da corretagem é devido se o negócio se realizar como fruto da mediação do corretor. Também segundo o dispositivo, esse direito é assegurado ao corretor independentemente da vigência do contrato. Ou seja, para fins do nascimento da obrigação de pagar os honorários de corretagem, não há se diferenciar entre contratos de corretagem vigentes ou já extintos. Há, aqui, uma igualdade pela proibição de uma diferenciação. Também demonstra a igualdade de tratamento subjetiva, o art. 36, § 3º, X, da Lei 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. O dispositivo veda diferenciações entre adquirentes e fornecedores por meio da “fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”. Muito embora essas distinções sejam comuns no mercado, àqueles aos quais a lei se aplica, a prática dessas distinções é vedada, de modo que critérios diferenciadores entre adquirentes e/ou fornecedores – ainda que existentes – não podem ser levados em conta.

Nos casos de igualdade de tratamento subjetiva, as normas impositivas de tratamento igualitário possuem, usualmente, caráter protetivo e, por isso, são tendencialmente inafastáveis pela vontade das partes. Essa proteção, por sua vez, não

⁴⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato, cit., p. 223 ss.

⁴⁵ Em Portugal, é o que parece se extrair do disposto no art. 4º, “h”, da Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto.

se vincula necessariamente a um estado de vulnerabilidade da parte beneficiada. O estado de vulnerabilidade pode existir, como no caso de normas antidiscriminatórias, mas ele não é necessário, como se visualiza nas hipóteses de proteção da concorrência.⁴⁶ Também é interessante notar que as normas protetivas não decorrem, como extensão lógica, da igualdade de reconhecimento. Desse modo, a respectiva cogência é decorrência da norma que a impõe, o que também se reflete na sua eficácia jurídica. Esta – que pode se caracterizar como invalidade, indenização, dever de contratar etc. – também é determinada pela norma impositiva do tratamento igualitário.

Por fim, a igualdade pode se apresentar como *igualdade de equiparação*.⁴⁷ Esta se assemelha à igualdade de tratamento subjetiva, no sentido em que, em ambas as hipóteses, busca-se desenvolver processos protetivos. No entanto, nos casos de igualdade de tratamento subjetiva, é uma determinada diferenciação de tratamento que se busca evitar, ao passo que, na igualdade de equiparação, é exatamente um tratamento diferenciado que se busca permitir ou impor. Nos casos em que se visualiza a igualdade de equiparação, a igualdade é *um efeito que se busca* e, para que se possa atingi-lo, a norma impõe ou autoriza um tratamento diferenciado entre as partes. O que a norma promove é uma equalização de forças entre as partes, por meio de um tratamento jurídico mais benéfico a uma parte em relação a outra. Exemplos mais candentes dessa espécie operativa da igualdade são o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, servindo de exemplo mais recente as ações afirmativas antidiscriminatórias aplicadas ao campo dos contratos.

Os casos de igualdade de equiparação são os que mais se distanciam da igualdade de reconhecimento e que mais se aproximam das condições fáticas das sociedades envolvidas. Desse modo, não possuem uma fundamentação exclusivamente sistêmico-ideal, independente da realidade concreta, mas decorrem exatamente da necessidade de intervenção sobre essa realidade. É, portanto, a função operativa mais próxima à noção de vulnerabilidade. Em grande medida, será a existência de vulnerabilidade (fática) que determinará a necessidade de intervenções típicas da igualdade de equiparação.

Tendo em conta que a igualdade de equiparação não deriva da igualdade de reconhecimento, sua aplicabilidade dependerá de uma norma de exceção que, como tal, não se fundará na lógica interna do sistema contratual, mas dependerá da intervenção externa. Em geral, essas normas advêm da atividade legislativa, mas

⁴⁶ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346, que bem sintetiza: “o direito antitruste não tem por objetivo reequilibrar uma situação contratual adversa, mas sim proteger o mercado.”

⁴⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato*, cit., p. 225 s.

nada impede que o ordenamento reconheça a aplicabilidade de normas de caráter principiológico que redundem na aplicação de uma igualdade de reconhecimento, como parece ser o caso de um princípio antidiscriminatório.⁴⁸ De qualquer forma, serão essas normas que, diretamente, farão cogente a igualdade de equiparação. A vulnerabilidade, portanto, não gera a norma. A vulnerabilidade apenas a legitima. A existência de vulnerabilidade é fonte da norma, mas será ela, a norma, que estabelecerá a cogência. Da vulnerabilidade, diretamente, não decorre a igualdade de reconhecimento. Tanto é assim que são diversas as vulnerabilidades sociais, mas restritos os números de situações classificáveis como igualdade de equiparação.

Realizada a identificação dessas três distintas funções operativas da igualdade, pode-se mais facilmente identificar a relação entre igualdade e vulnerabilidade.

As referências feitas à relação entre vulnerabilidade e igualdade, apesar de serem corretas em um plano mais geral, deixam ao desabrigo a compreensão operativa da igualdade, ou seja, como ela se concretiza no Direito Contratual. Nesse sentido, a vinculação entre ambas, muitas vezes feita acaba por se mostrar vaga e pouco explicativa. A vulnerabilidade, de fato, se relaciona com a igualdade, mas não em todos os modos como esta se apresenta.

A vulnerabilidade *pode ser* fator tomado em conta na constituição da norma que constitui e impõe a aqui chamada igualdade de tratamento subjetiva. Além disso, ela é a razão subjacente às normas que constituem ou impõem a aqui chamada igualdade de reconhecimento. De todo modo, a imposição de tratamentos igualitários, no Direito Contratual, não decorre da vulnerabilidade, mas apenas se fundamenta nela. Entre a vulnerabilidade e a igualdade, há que se verificar a atuação de uma norma que recolha as condições de vulnerabilidade, que estabeleça a cogência da igualdade e que defina os seus efeitos jurídicos.

Algo similar, ainda que por outros mecanismos, ocorre em contratos estruturalmente assimétricos, nos quais a vulnerabilidade igualmente atua de forma relevante.

B) Contratos estruturalmente assimétricos

O maior foco que parece ser dado à noção de igualdade no Direito Privado pode obscurecer o fato de que certos contratos, pelas suas características estruturais, aumentam o grau de risco de uma das partes ou de ambas e, por isso, internalizam

⁴⁸ Sobre a existência e limites de um princípio antidiscriminatório aplicável aos contratos no Direito brasileiro, cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato, cit., p. 151 s.

a noção de vulnerabilidade. Esses contratos não são aqueles tradicionalmente conhecidos por introjetarem a noção de risco, ou seja, contratos aleatórios. Os contratos que ora se refere não possuem as suas eficácias – e a proporção entre prestação e contraprestação – atreladas a um evento ou fato externo às partes. Os contratos de que se trata não têm no risco um elemento estrutural propriamente dito, mas as suas respectivas estruturas *aumentam o risco* de que uma parte, pela sua atuação, cause danos à outra, de sorte a colocá-la em uma condição de vulnerabilidade. São contratos que se projetam no tempo, cuja vontade formadora não é capaz de regular todos os detalhes relevantes da relação futura e, aqui o mais importante, em que o exercício de certos direitos ou deveres contratuais possibilitam que uma das partes fique na dependência da outra. Em geral, esses contratos envolvem a colaboração entre as partes e uma relevante atuação da confiança, sendo frequentemente abrangidos pela noção de “contratos relacionais”.⁴⁹

B.1. Perfil contratual

Ao se discutir sobre vulnerabilidade e estruturas contratuais, dois pontos prévios devem ser trazidos à tona para fins de esclarecimento do modo em que o tema será tratado: a espécie de risco que se enfoca e a alocação desses contratos entre os ramos do Direito Privado.

Com relação ao primeiro tema, cabe destacar que o enfoque dado diz respeito a situações em que um dos contratantes encontra-se ou pode-se encontrar em situação de vulnerabilidade, diante das particularidades da estrutura contratual em questão. Diante disso, não interessa à análise ora feita a eventual circunstância em que ambos os contratantes se encontram no que respeita às incertezas futuras, como ocorre nas situações de alterações superveniente de circunstâncias. Nelas, os riscos de dano ou os efetivos danos decorrentes do não tratamento prévio do assunto poderiam ser classificados como uma “vulnerabilidade contratual circunstancial”.⁵⁰ Contudo, essa “vulnerabilidade” não tem relação com riscos particulares decorrentes de certas estruturas contratuais, que colocam uma das partes em

⁴⁹ Sobre a confiança nos contratos relacionais, afirma Ronaldo Porto Macedo Jr: “Cabe precisar o sentido que se atribui ao conceito de confiança. O conceito de solidariedade envolve a ideia de confiança (“trust”) mas com ela não se confunde. A confiança pode ser entendida como a expectativa mútua de que, numa troca, nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra.” MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. Vulnerabilidade jurídica do contratante, cit., p. 5 s.

condição de vulnerabilidade em relação à outra. É, portanto, uma consequência usual a todos os contratos que se estendem no tempo, ainda que sejam mais restritas as condições legais estabelecidas pelos ordenamentos para que tal circunstância gere efeitos sobre os contratos.⁵¹

Por sua vez, com relação à alocação desses contratos entre os ramos do Direito Privado, há que se referir a possibilidade de sua ocorrência não só nos casos mais evidentes, como no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor, mas sobretudo no Direito Comercial ou Empresarial. No Brasil, são comuns as referências que excluem os efeitos de eventual vulnerabilidade sobre contratos celebrados entre empresários, sob o argumento de que, exatamente por serem empresários, as partes tinham – ou deveriam ter – conhecimento dos riscos a que estavam se submetendo quando da contratação. Essa compreensão excludente da vulnerabilidade parece corresponder à admissão de uma presunção *juris tantum* de paridade entre as partes ou até ao acolhimento de uma compreensão segundo a qual a vulnerabilidade se colocaria como uma espécie de polo contrário à relação contratual empresarial, de sorte que, ante a um contrato entre empresários, não haveria vulnerabilidade.

Nesse sentido, na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal – CJF⁵², foi aprovado o Enunciado 21, segundo o qual “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a *simetria natural das relações interempresariais*.”⁵³ Além disso, por meio da chamada Lei da Liberdade Econômica, que, entre outros objetivos, buscou atribuir maior segurança à autonomia privada nas relações contratuais, foi introduzido o art. 421-A ao Código Civil brasileiro, assim redigido: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que (...)”⁵⁴ Apesar dessas manifestações, a classificação de um dado contrato como interempresarial não parece ser um elemento de conexão

⁵¹ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações*. v. II. São Paulo: Almedina, 2018, p. 227 ss.

⁵² As jornadas promovidas pelo CJF são encontros que reúnem professores, acadêmicos, juízes, membros do Ministério Público e outros especialistas para discutir a interpretação de relevantes leis brasileiras, sob a organização de ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Dessas jornadas são extraídos enunciados que, sem efeito vinculante, visam a orientar a interpretação das respectivas leis.

⁵³ O grifo não consta do original.

⁵⁴ CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. O empresário vulnerável em tempos de simetria contratual. In: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (org). *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 17-41 (p. 25 s.).

necessário para afastar eventuais efeitos da vulnerabilidade contratual. Isso porque a classificação como interempresarial de um contrato diz muito pouco acerca do poder de força entre as partes, bem como sobre as condições de dependência (e de vulnerabilidade fática) que podem emergir dessas relações. A estrutura de certos contratos e as especiais relações de confiança demandada por outros são elementos muito mais relevantes para a compreensão das exigências de intervenção sobre essas operações.

Ainda que interempresariais, alguns contratos abrem um grande espaço à vulnerabilidade de uma das partes, espaço esse que, não raro, é aproveitado pela outra de modo oportunista.⁵⁵ São contratos que, entre outras características, podem assumir uma importância vital para uma das partes, de modo que a sua extinção a inviabilizará economicamente, ou que envolvem elevados custos idiossincráticos, ou seja, custos “que requerem investimentos de recursos materiais e humanos exclusivamente direcionados para a transação”.⁵⁶ Contratos de distribuição, de franquia, de shopping center entre outros contratos atípicos, são exemplos lembrados pela doutrina.⁵⁷

Tome-se o caso dos contratos de distribuição. Nem todo contrato de distribuição, em qualquer uma das suas espécies, dá necessariamente ensejo à dependência econômica de uma parte sobre a outra.⁵⁸ Quando o específico contrato corresponder apenas a uma pequena quantidade dentro da gama de produtos distribuída pelo distribuidor, não haverá dependência econômica e, por conseguinte, vulnerabilidade. Por outro lado, se o contrato estabelecer relação de exclusividade e demandar investimentos de longo prazo pelo distribuidor, bem como um grande grau de especialização do distribuidor, é muito provável que a condição econômica do distribuidor passe a depender substancialmente dos desígnios do fornecedor. Haverá, então, dependência econômica e, por consequência, risco de que a outra parte se valha dessa situação para obter vantagens excessivas, risco esse devidamente mapeado (e objeto de regulação) em diversas jurisdições.⁵⁹ O distribuidor fica à mercê do fornecedor e este poderá exigir a redução de margens de lucro, alongar prazos de pagamento, impor restrições de atuação em benefício de outros distribuidores

⁵⁵ Essa constatação nada tem de nova. Nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 69 ss.

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição, cit., p. 358.

⁵⁷ CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. O empresário vulnerável, cit., p. 26 ss.; PINTO, Fernando A. Ferreira. *Contratos de distribuição: da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 146 ss.

⁵⁸ PINTO, Fernando A. Ferreira. *Contratos de distribuição*, cit., p. 161.

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição, cit., p. 353 ss.

etc. Quaisquer uma dessas imposições, especialmente se feitas paulatinamente, tenderá a ser aceita pelo distribuidor, na medida em que a alternativa a ela, a extinção do contrato, poderá significar a sua ruína.

Especificamente em relação aos contratos de franquia no Brasil, a recente Lei 13.966/2019, que dispõe sobre o sistema de franquia empresarial, tratou minudentemente dos requisitos informativos para a escolha consciente do interessado em assumir a condição de franqueado.⁶⁰ Há, nela, uma nítida preocupação com a redução da assimetria informativa e com o tempo de reflexão. O seu longo art. 2º estabelece o conteúdo mínimo da Circular de Oferta de Franquia a ser fornecida pelo franqueador ao interessado e determina, entre vários outros itens, que o franqueado disponibilize informações sobre: ações judiciais relativas à franquia que questionem o sistema ou que possam comprometer a operação da franquia no País (inciso IV); perfil do franqueado tido como ideal, conforme a experiência do franqueador (inciso VI); taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros interessados, de forma detalhada (inciso IX); política de atuação territorial (inciso XI); regras de limitação à concorrência entre o franqueador e os franqueados, e entre os franqueados, durante a vigência do contrato (inciso XXI). Além disso, na linha já adotada pela lei anterior, o parágrafo primeiro do art. 2º determina que a Circular de Oferta de Franquia seja entregue ao candidato a franqueado com, no mínimo, dez dias de antecedência à assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou, ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou a pessoa ligada a este.

A existência dos diversos requisitos informativos constantes do referido art. 2º e a preocupação com o exercício de escolha consciente pelo franqueado bem demonstram o reconhecimento de que o contrato de franquia, mesmo quando celebrado entre profissionais e empresários, pode se valer de vulnerabilidade fática do interessado à condição de franqueado, bem assim que há espaços de vulnerabilidade também em contratos interempresariais.⁶¹ Além disso, é importante perceber que a preocupação legislativa com o momento genético do contrato não afasta o risco da ocorrência de vulnerabilidade durante o período de execução contratual, como seria o caso de alterações especialmente restritivas do território de atuação, aumento

⁶⁰ A Lei 13.966/2019 expressamente revogou a Lei 8.955/1994 que anteriormente regulava a matéria. Entre uma e outra lei, aumentaram-se os requisitos informativos ao interessado tornar-se franqueado.

⁶¹ CORREIA JUNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. O empresário vulnerável, cit., p. 31.

excessivo do valor dos royalties, alteração das regras de concorrência ou da política de preços de certos insumos. Essa proteção, ao menos no Direito brasileiro, não é dada pela lei, sendo necessária sua construção doutrinária e jurisprudencial.

Outros contratos de cooperação igualmente servem de exemplo. A classificação de contratos como “de cooperação”, como se sabe, não corresponde a uma delimitação da qual defluem consequências normativas imediatas, como ocorre com os contratos tidos por “sinalagmáticos” ou com “contratos aleatórios”. No entanto, a classificação tem a força didática de trazer à luz algumas características de contratos que se situam entre os acordos de troca e os contratos organizativos, dos quais são exemplos, respectivamente, a compra e venda e a sociedade. Esses contratos envolvem interesses egoísticos, tal como ocorre nos contratos de troca, mas também interesses comuns, como ocorre nas associações e sociedades. Há neles, portanto, a correlação complexa de interesses, encontrando-se a presença simultânea de interesses individuais e interesses coletivos, de sorte que mecanismos organizados para o atingimento dos interesses comuns, podem ser usados, durante a execução contratual, para a consecução de interesses totalmente individuais.⁶²

Por fim, vale lembrar os casos abrangidos pela chamada “Principal-Agent Theory”, desenvolvida a partir do estudo econômico de Michael Jensen e William Meckling publicado em 1976.⁶³ Em síntese, a “teoria” se volta a analisar as consequências da assimetria de informações entre parceiros contratuais, notadamente em contratos de longa duração. Neles, um conjunto de mecanismos devem ser projetados com o fim de reduzir os problemas decorrentes dessa assimetria, sobretudo em razão de dois problemas rotineiramente vinculados a esses casos: o da seleção adversa (“adverse selection”) e o risco moral (“moral hazard”). O primeiro diz respeito à escolha do “agent” pelo “principal” e o segundo, aos meios de acompanhar a consecução dos fins do contrato, que podem deixar de ser atingidos tanto pela conduta do “agent” quanto por fatores externos.⁶⁴ As dificuldades próprias do acompanhamento da execução do contrato, o provável menor conhecimento do “principal” sobre as condições fáticas de execução do contrato e os custos envolvidos na redução dos efeitos dessas circunstâncias expõem o “principal” à vulnerabilidade. Por certo, grande parte dos problemas podem ser tratados por meio de um adequado desenho contratual, de modo que a avaliação sobre as escolhas do “principal” pode

⁶² Sobre contratos cooperativos, ver PINTO, Fernando A. Ferreira. *Contratos de distribuição*, cit., p. 135 ss.

⁶³ WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985, p. 27 s.; VOIGT, Stefan. *Institutionenökonomik*. München: Wilhelm Fink, 2002, p. 102 ss.

⁶⁴ VOIGT, Stefan. *Institutionenökonomik*, cit., p. 103 s.

ser feita à luz dos riscos assumidos ou, em certos casos, até mesmo com base na sua culpa. Nada obstante, o que importa notar é que, se um maior cuidado com o desenho contratual é demandado, é porque existe uma estrutura contratual que, em linha de tendência, coloca uma das partes em condição de vulnerabilidade. As considerações sobre os efeitos jurídicos dessa condição é uma discussão que se dá em um plano posterior.

B.2. Efeitos

Contratos estruturalmente assimétricos, tal como contratos de adesão, não são bons ou ruins em si mesmos, mas realidades práticas sobre as quais o Direito tem de se debruçar sobretudo para evitar abusos. Eles correspondem a necessidades econômicas de uma sociedade complexa, fluida e mutável. Encontram-se em redes contratuais e em contratos relacionais, nos quais parte da normatividade não é estabelecida por cláusulas fixas e típicas de contratos de troca, mas por diretrizes e objetivos a serem perseguidos, nos quais os deveres das partes vão se concretizando na medida em que as condições de mercado vão se impondo. Decorre disso não só uma zona de atrito entre a realidade social desses contratos e os modelos tradicionais na dogmática⁶⁵, mas também a necessidade do recurso a fórmulas mais abertas de normatividade. Nesse cenário, o papel da boa-fé objetiva ganha especial força, exatamente porque ela é capaz de dar respostas tanto às demandas de flexibilidade como também de confiança interpartes.⁶⁶

Em tais contratos, a boa-fé objetiva atua como fonte de deveres laterais de informação, cooperação e proteção, bem como elemento balizador do exercício legítimo de faculdades jurídicas e direitos, além de representar um garante da estabilidade jurídica do contrato, por meio da proteção da confiança legítima originada

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. *Coincidentia oppositorum*: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation. in: AMSTUTZ, Marc (Hg.). *Die vernetzte Wirtschaft*: Netzwerke als Rechtsproblem. Zürich: Schulthess, 2004, 11-42.

⁶⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contratos relacionais, cit., p. 151. Como pontua Judith Martins-Costa: “Justifica-se o alto grau de intensidade do princípio da boa-fé objetiva nos contratos relacionais, pois esses implicam, precipuamente, atividade de colaboração. A necessária ‘relação de parceria’ num contrato destinado a estender-se por longos anos em vista de interesses comuns; o fato de o sucesso de um contraente ao adimplir a sua prestação (e.g., vender os produtos, no contrato de distribuição ou no de agência); a confiabilidade na exatidão ao prestar; o prestígio implicado na imagem empresarial, apto a beneficiar ambas as partes; a carga de pessoalidade envolvida; o caráter vital de certas prestações, como no seguro de vida, etc., são fatores que se coligam e acrescentam a intensidade da atuação do princípio.” MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, cit., p. 412 s.

do contrato.⁶⁷ A boa-fé objetiva, portanto, complementa a normatividade contratual fundada na autonomia privada e na incidência legal, correspondendo a uma espécie de polo contrário à vulnerabilidade estrutural desses contratos.

Disso decorre, à partida, uma moldura delimitadora do exercício de direitos, por meio da restrição de abuso. Interessante notar que, tanto no Brasil quanto em Portugal, não só a boa-fé, como também os fins sociais e econômicos do contrato são elementos da verificação do abuso do direito.⁶⁸ O estabelecimento dos fins sociais e econômicos do contrato é, frequentemente, um difícil exercício de interpretação, sobretudo nos contratos em que esses fins não são devidamente expressos pelas partes. Essa dificuldade, no entanto, se atenua em contratos envolvidos por uma rede contratual ou que se caracterizam como relacionais. Nesses casos, o aspecto colaborativo do contrato se estabelece à luz de um determinado fim, o que facilita a individualização destes.

Consequências relevantes encontram-se no campo da extinção contratual. Por um lado, a vedação de abuso do direito pode restringir a possibilidade de denúncia, notadamente quando o inadimplemento for de pequena monta em relação ao conjunto de interesses envolvidos na relação. Aplica-se, então, a doutrina do adimplemento substancial.⁶⁹ Por outro lado, a maior proteção da confiança pode provocar o efeito rigorosamente contrário, autorizando a extinção do contrato quando elementos de confiança forem atingidos.⁷⁰

Tome-se o exemplo de um contrato para a realização de projetos e implementações de dois loteamentos, bem como para a venda futura dos lotes, celebrado entre o dono dos terrenos, que não conhece os processos de implementação e o mercado de lotes, e uma sociedade prestadora de serviços dotada do “know-how” necessário à tarefa. A implementação desses loteamentos deveria ocorrer em momentos sucessivos, iniciando-se o segundo depois de concluído o primeiro. Em razão das específicas condições das partes, um conjunto de cláusulas organiza a governança da relação entre elas, em especial sobre o uso de certos recursos, prestação de contas e deveres informativos. O primeiro loteamento é implementado e o resultado é exitoso, com benefícios consideráveis ao dono do terreno. Todavia, antes de iniciado

⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. v. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1234 ss.; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, cit., p. 406 s.; FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição, cit., p. 74 ss.

⁶⁸ Código Civil brasileiro, art. 187; Código Civil português, art. 334º. Sobre o abuso do direito de forma ampla e, mais especificamente, sobre o art. 334º do Código Civil português, CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé*, cit, p. 661 ss. e p. 707 ss., respectivamente.

⁶⁹ BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 259.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, cit., p. 408 s.

o segundo loteamento, descobre-se o inadimplemento das regras de governança contratual pela prestadora do serviço, tal como a falsidade de algumas informações prestadas, a recalcitrância na prestação de novas informações, assim como o mau uso de certas verbas, em benefício exclusivo da prestador dos serviços. Frente aos resultados obtidos, os descumprimentos das regras de governança poderiam ser tidos como dotados de menor significado. Nesse cenário, cabe questionar se o dono do terreno, baseado no inadimplemento verificado, poderia extinguir o contrato. A resposta, de caráter afirmativo, mostra-se vinculada à noção de vulnerabilidade, na medida em que a manutenção do contrato em tais condições, diante da assimetria técnica e informativa entre as partes, aliada à conduta já demonstrada pelo prestador de serviços, exporia o dono do terreno a consideráveis riscos futuros.

Ao lado disso, a maior incidência de deveres laterais sobre a relação – de proteção, de informação e de esclarecimento – abre maior ensejo à violação positiva do contrato como espécie de inadimplemento, espécie essa na qual deveres de prestação, principais e secundários, são observados, mas deveres laterais são inadimplidos. A vulnerabilidade estrutural de uma das partes reforça a importância relativa desses deveres e autoriza o uso não só da tutela resolutória, como também da exceção do contrato não cumprido.⁷¹

Por fim, também o Direito da Concorrência pode representar relevante arma contra a dependência econômica e, com isso, contra o estado de vulnerabilidade estrutural. Do ponto de vista abstrato, o Direito da Concorrência e o regramento contratual atuam em faixas próprias, a não gerar confusão entre os tratamentos específicos. No entanto, como sublinha Paula Forgioni, pode haver uma conexão entre esses campos por meio das regras de invalidade negocial. Segundo estabelece o art. 166, II do Código Civil brasileiro, na linha do art. 280º, 1, do Código Civil português, “é nulo o negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”. Nesse sentido, se uma cláusula ou determinação do fornecedor violar dispositivos antitruste, haverá infração à ordem econômica, e, por conseguinte, a cláusula ou a determinação será nula.⁷² É o que ocorre quando um fornecedor com posição dominante no mercado entremarcas impõe venda casada a seus distribuidores, lesiva à concorrência. Caso o revendedor recuse o cumprimento da imposição, não haverá inadimplemento de sua parte, mas ato contrário ao Direito por parte do fornecedor.⁷³

⁷¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 2 ss., STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 245 ss.

⁷² FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição, cit., p. 375.

⁷³ FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição, cit., p. 376. No Direito brasileiro, a hipótese também impede a extinção contratual, conforme estabelece o art. 36, § 3º, XII, da Lei 12.529/2011.

No mesmo sentido, é possível que a situação de vulnerabilidade de uma das partes se revele por condutas do parceiro negocial líder da rede contratual, por meio de benefícios ou privilégios atribuídos por este a outros parceiros, com reflexo desrespeito aos interesses do excluído. Nesses casos, não haverá uma invalidade no contrato entre o vulnerável e o líder da rede, conquanto possa haver descumprimento contratual, ou hipótese de abuso do direito, se caracterizado o desrespeito aos legítimos fins da própria rede. Na lei de proteção concorrencial brasileira, serve de exemplo a vedação à discriminação de “adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços” (Lei 12.529/2011, art. 36, § 3º, X).

Nessas hipóteses, há que se temperar a eventual aceitação do distribuidor, inclusive reiterada, com os riscos concretos decorrentes da sua recusa e/ou da sua contestação à medida, notadamente quando a extinção do contrato ou o tratamento diferenciado dentro de uma rede tenha ou possa ter relevância na própria subsistência do parceiro.

No âmbito interno do contrato, podem executar um papel relevante na avaliação das condutas em jogo as normas que vedam a lesão (como referido no Brasil) ou os negócios usurários (como referido em Portugal). Durante a execução dos contratos relacionais, é provável que essas normas não se façam aplicáveis diretamente, mas podem estabelecer um modelo de avaliação da situação concreta por meio de seus três elementos conceituais: as condições subjetivas do prejudicado, a desproporção entre prestações e a vantagem obtida pela outra parte.⁷⁴ A lesão ou o negócio usurário, portanto, deixam de executar a sua função direta, para realizar uma função de meta-norma, pela qual se realiza a avaliação da aplicação de outras normas. A vantagem desse modelo é a utilização de critérios internos ao próprio sistema, com capacidade de serem lapidados pela atuação judicial e pela análise doutrinária. Além disso, na sua função de meta-norma, fazem-se mais flexíveis os seus elementos conceituais, o que capacita a avaliação não apenas de uma conduta específica, mas, sim, de um conjunto reiterado delas que, quando somados, demonstram os efeitos de um comportamento oportunista de uma parte sobre a condição de vulnerabilidade (estrutural) da outra.

Fundamental perceber que, mesmo nos casos em que se visualiza uma vulnerabilidade estrutural, os seus efeitos jurídicos não provêm da própria vulnerabilidade

Segundo o dispositivo, caracteriza infração à ordem econômica: “dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais”.

⁷⁴ Nesse sentido, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldrechts*, cit., p. 280 e 296 ss.

em si, mas decorrem da interpretação do negócio e de outras normas. A vulnerabilidade, portanto, é fonte material, mas não formal de aplicação de efeitos jurídicos.

III. Conclusão

Apesar de ser uma noção relativamente recente, a vulnerabilidade já ocupou o seu espaço no discurso jurídico, servindo a designar dissintonias, sobretudo entre partes, capazes de justificar tratamentos jurídicos diferenciados ou tutelas específicas. Nesse sentido, ela se mistura com outros conceitos próximos, como é o caso do paternalismo e da antidiscriminação. À vulnerabilidade, além disso, são reservadas algumas funções jurídicas, como legitimação de regras impositivas da igualdade de equiparação ou como fonte material do nascimento de deveres laterais em contratos assimétricos.

A vulnerabilidade, no entanto, não age sozinha. Ela não corresponde a um conceito jurígeno, capaz de, quando aplicável, gerar eficácias jurídicas. Mesmo quando a vulnerabilidade dá ensejo ao nascimento de deveres ela o faz por intermédio de outras normas, normas essas que necessariamente se colocarão entre a vulnerabilidade (fática ou jurídica) e o efeito jurídico. O estado fático de vulnerabilidade ou a presunção jurídica de vulnerabilidade não ensejam efeitos por si mesmo. Eles podem ser elementos necessários de certos efeitos, mas não elemento suficiente deles.

Como visto, a utilização da noção de vulnerabilidade é relativamente aberta, abrangendo situações não necessariamente reconhecidas pelo Direito. Quando a ela é dada relevância jurídica, dela decorrem normas protetivas. Contudo, diversas são as normas protetivas que não se vinculam materialmente à vulnerabilidade. Por sua vez, a ocorrência de vulnerabilidade não serve de necessário gatilho à aplicação do princípio da igualdade, notadamente quando se observa o modo como a igualdade se estrutura e é aplicada no âmbito do Direito Contratual. Por fim, quando enfocados os contratos assimétricos, constata-se que mais uma vez a vulnerabilidade serve de justificativa para normas protetivas, notadamente à aplicação da boa-fé objetiva, mas não as gera diretamente o dever aplicável. Em todos esses planos, a vulnerabilidade se mostra como relevante fonte material de deliberações, mas não com força jurígena suficiente.

Diante disso, cabe retomar a pergunta feita ao início deste texto e respondê-la. Ela se voltava a identificar se, no Direito Contratual, haveria um “princípio da vulnerabilidade” que, sem norma jurídica particular, de cunho legislativo ou principiológico, gerasse eficácias jurídicas. A resposta, como se constata, é negativa. A estrutura do sistema jurídico contratual, por mais que acolha a noção de vulnerabilidade, o faz de modo pontual e seletivo. Caminho distinto, ainda que pudesse parecer

justificável sobre critérios de justiça, poderia gerar fissuras profundas no sistema jurídico, com efeitos negativos ainda maiores do que a injustiça pontual que se buscou preservar.

Disso não decorre um papel secundário à vulnerabilidade. Ela segue a atuar como importante fonte material de normatividade, bem como possui espaço de trabalho relevante na lapidação da norma aplicável ao caso concreto, no usual exercício da equidade. Afinal, não é novidade que, no plano jurídico, “summum ius, summa iniuria”. Nesse contexto, fechar os olhos para a vulnerabilidade seria fechar os olhos para a própria realidade que se busca regular. Mas, nesse âmbito, caberá mais ao prudente arbítrio do julgador o exercício de equalização jurídica da aplicação da norma ao caso do que ao conceito de vulnerabilidade. Também aqui, a vulnerabilidade indicará o caminho, mas não determinará, por si mesma, o resultado aplicável.