

CONTRATANTE VULNERÁVEL E AUTONOMIA PRIVADA

Paulo Lôbo¹

Sumário: 1. Presunção de vulnerabilidade contratual e a regulação legal; 2. Poder negocial, vulnerabilidade e hipossuficiência; 3. Massificação contratual; 4. Modalidades legais de proteção do vulnerável; 5. A indispensável consideração da equivalência material; 6. Relatividade da autonomia privada; 7. Excurso.



1. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE CONTRATUAL E A REGULAÇÃO LEGAL

A admissão da vulnerabilidade como categoria jurídica do direito contratual importa giro copernicano, que desafia a concepção liberal da autonomia privada, máxime em tempos de grave crise financeira mundial, que pôs a nu a universalização dos malefícios da ideologia do neoliberalismo, prenunciada por Avelãs Nunes². A vulnerabilidade do contratante é fruto do Estado social, do século XX, com suas promessas de realização da justiça social e redução das desigualdades sociais, que no Brasil projetaram-se nas Constituições de 1934 a 1988,

¹ Doutor em Direito Civil pela USP, Professor Emérito da UFAL, Professor Visitante da UFPE, ex-Membro do Conselho Nacional de Justiça.

² NUNES, A. J. Avelãs. Neo-liberalismo, globalização e desenvolvimento econômico. *Boletim de Ciências Econômicas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, n. XVI, 2000.

especialmente nesta.

No que respeita aos contratos, o Estado social caracteriza-se justamente pela função oposta à cometida ao Estado liberal mínimo. O Estado não é mais apenas o garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos; vai além, intervindo profundamente nas relações contratuais, ultrapassando os limites da justiça comutativa para promover, não apenas a justiça distributiva, mas também a justiça social. Diferentemente da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, considerando cada um como igual – transportando-se para o contrato o princípio da igualdade jurídica formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, considerando a desigualdade de cada um – no plano contratual, atribuindo mais tutela jurídica ao contratante que o direito presume vulnerável, a exemplo do trabalhador, do inquilino, do consumidor, do aderente), a justiça social implica transformação, promoção, mudança, segundo o preciso enunciado constitucional: “reduzir as desigualdades sociais” (arts. 3º, III, e 170, VII, da Constituição brasileira). Com efeito, enquanto as justiças comutativa e distributiva qualificam as coisas como estão, a justiça social tem por fito transformá-las, de modo a reduzir as desigualdades.

A intervenção do Estado nas relações econômicas privadas, que caracteriza profundamente o Estado social, tem sob foco principal o contrato, como instrumento jurídico por excelência da circulação dos valores e titularidades econômicos, e precisamente da proteção dos figurantes mais fracos ou vulneráveis. No Brasil, ao longo do século passado, o direito passou a presumir a vulnerabilidade de determinados figurantes, mercedores de proteção legal e de conseqüente restrição do âmbito de autonomia privada, quando esta é instrumento de exercício de poder do outro figurante (ou parte contratual). Assim, emergiram os protagonismos do mutuário, com vedação dos juros usurários (Dec. 22.626, de 1933), do inquilino comercial (Dec. 24.150, de 1934; atualmente, Lei

8.245, de 1991) e do promitente comprador de imóveis loteados (Dec.-Lei 58, de 1937), na década de trinta; do trabalhador assalariado (Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943), na década de quarenta; do inquilino residencial (Lei 4.494, de 1964; atualmente, Lei 8.245, de 1991) e do contratante rural (Estatuto da Terra, de 1964), na década de sessenta; dos titulares de direitos autorais (Lei 5.988, de 1973; atualmente, Lei 9.610, de 1998), na década de setenta; do consumidor (Código de Defesa do Consumidor, de 1991), na década de noventa; do aderente em contrato de adesão (Código Civil, de 2002), na primeira década do século XXI.

Algumas dessas vulnerabilidades reclamaram tal grau de intervenção legal, que se converteram em ramos autônomos do direito, a exemplo do direito do trabalho, do direito autoral, do direito agrário e do direito do consumidor. Como o direito civil dos contratos permaneceu ancorado nos pressupostos oitocentistas do Estado liberal, da concepção de mercado como espaço imune à controlabilidade social ou estatal e das conseqüentes concepções de autonomia privada ilimitada e de igualdade jurídica formal dos contratantes, terminou por ser subtraído de importantes segmentos da vida econômica e do cotidiano das pessoas. Esses direitos contratuais especiais têm em comum a forte presença da intervenção legislativa e da conseqüente limitação da autonomia privada.

Ressalta-se o paradoxo que os juristas começam a perceber com mais nitidez: o Estado social, sob o ponto de vista do direito, cresce na mesma proporção em que ele decresce, sob o ponto de vista econômico. As recentes experiências brasileiras de privatização de setores importantes da economia nacional, principalmente de fornecimento ou prestação de serviços públicos, revelaram que cresceram as demandas de regulação, para proteção dos contratantes usuários. E a regulação se dá, prioritariamente, no controle das relações contratuais, para tutela dos contratantes vulneráveis,

que exercem pouco ou nenhum poder de barganha.

A partir do início dos anos oitenta do século XX, com o triunfo de governos conservadores nos países economicamente mais fortes, passou a vigorar o suposto consenso de que o Estado é o problema e o mercado a solução, ou de que a atividade econômica desregulada é mais eficiente. O fim do Estado social foi proclamado pelos poderes econômicos hegemônicos e pela literatura política e social, que alardeiam a necessidade de “respeito aos contratos”, pouco importando que tenham resultado do poder negocial dominante e da vulnerabilidade jurídica das outras partes, para que os investimentos nas nações mais pobres fluam.

Apesar de viver o ordenamento jurídico brasileiro sob a conformação constitucional do Estado social, a concepção liberal do contrato ainda é muito enraizada nos hábitos e quefazeres dos juristas nacionais, para o que contribuiu a onda aparentemente vencedora da globalização econômica, fundada principalmente no mercado financeiro mundial livre de qualquer regulação e na corrente ideológica do neoliberalismo, exigentes do encolhimento das garantias legais dos direitos nacionais, máxime no que concerne à proteção dos contratantes vulneráveis, principalmente do trabalhador assalariado, do consumidor e do usuário dos serviços públicos privatizados.

Esse cenário enganador de ressurgimento das crenças nas virtudes econômicas do sistema de mercado livre levou alguns³ a propugnar pelo retorno dos princípios clássicos do contrato, com interesse crescente (especialmente nos países anglo-americanos) na relação entre eles e os princípios econômicos (eficiência, custo e benefício), com alguma repercussão no Brasil, abdicando-se dos valores e princípios jurídicos fundamentais. A crise financeira mundial do final de 2008 pôs em cheque essas convicções que pareciam irreversíveis,

³ ATTIYAH, P. S. *An introduction to the law of contract*. New York: Oxford, 2000, p. 27.

retomando-se a necessidade de regulação pública da atividade negocial e, conseqüentemente, da preservação dos contratantes vulneráveis. “De repente, o Estado voltou a ser a solução, e o mercado, o problema; a globalização foi posta em causa; a nacionalização de importantes unidades econômicas, de anátema passou a ser a salvação”⁴.

2. PODER NEGOCIAL, VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Montesquieu disse, com razão, que o poder exercido sem qualquer controle degenera em abuso: “todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo, até que encontre algum limite”⁵. Sua reflexão, dirigida ao poder político, vale igualmente para o exercício de qualquer tipo de poder. A história ensina que a liberdade contratual transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento iníquo de exploração do que se presume vulnerável. Quem utiliza instrumentos contratuais para o exercício, ainda que legítimo, do poder negocial deve se submeter a controle social ou estatal. O exercício de poder implica submissão do outro. Seu controle tem como ponto de partida a identificação de quem a ele se submete, para que seja protegido dos abusos e excessos. Portanto, em relação ao poder negocial dominante, o controle preventivo ou repressivo se dá pela intervenção legislativa, de modo a proteger o juridicamente vulnerável.

Dispensa-se o controle quando, no contrato, os figurantes são presumivelmente iguais, seja porque os riscos econômicos

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Consensos problemáticos. *Constituição & democracia*. Brasília: UnB, n. 30, mar. 2009, p. 24. “Mais intrigante ainda é o fato de serem as mesmas pessoas e instituições a defenderem hoje o contrário do que defendiam ontem, e de aparentemente o fazerem sem a mínima consciência da contradição”.

⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1968, p. 201, v. 2.

são equivalentes, seja porque ambos detêm o domínio das informações, seja porque os poderes de barganha se encontram equilibrados. São iguais por presunção, pois não se pode exigir igualdade absoluta entre eles, dado a que sempre haverá entre os contratantes desigualdades pessoais, sociais e econômicas, que não são utilizadas para exercício de poder ou de exploração de um contra o outro. Nesses casos não faz sentido cogitar-se de presunção de vulnerabilidade jurídica. É o que se dá, na maioria dos casos, com os contratos interempresariais ou com os contratos entre pessoas que não exercem atividade econômica. Ainda assim há limitação da autonomia privada, no plano geral, em razão dos bons costumes e das normas legais que estabelecem critérios objetivos, fora da lógica de mercado, como a boa-fé e a função social.

A vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. Não se confunde com a hipossuficiência, que é conceito eminentemente econômico ou conceito jurídico fundado na insuficiência das condições econômicas pessoais. De maneira geral, os juridicamente vulneráveis são hipossuficientes, mas nem sempre essa relação existe. A vulnerabilidade jurídica pode radicar na desigualdade do domínio das informações, para que o interessado em algum bem ou serviço possa exercer sua escolha, como ocorre com o consumidor; pode estar fundada na impossibilidade de exercer escolhas negociais, como ocorre com o aderente em contrato de adesão a condições gerais.

A vulnerabilidade contratual independe de aferição real ou de prova. A presunção legal absoluta não admite prova em contrário ou considerações valorativas, até porque a presunção é consequência que a lei deduz de certos fatos, às vezes prevalecendo sobre as provas em contrário. A presunção é o meio de prova pressuposta que dispensa a comprovação real.

Qualifica-se como prova indireta. Tem natureza de ficção jurídica, pois é juízo fundado em aparências, como instrumento operacional para resolução de conflitos, substituindo os demais meios de prova. A presunção simplifica a prova, pois a dispensa. O legislador define *a priori* qual a posição contratual que deve ser merecedora de proteção ou do grau desta proteção, o que afasta a verificação judicial caso a caso. Não pode o juiz decidir se o trabalhador, o consumidor, o aderente, por exemplo, são mais ou menos vulneráveis, em razão de maior ou menor condição econômica, para modular a proteção legal, ou mesmo excluí-la. A lei leva em conta o tipo médio de vulnerabilidade, com abstração da situação real em cada caso. E assim é para se evitar que as flutuações dos julgamentos, ante as variações individuais, ponham em risco o princípio da proteção.

Até mesmo entre empresas, pode ocorrer vulnerabilidade jurídica, quando uma delas esteja submetida a condições gerais dos contratos predispostas pela outra. São situações comuns de vínculos contratuais permanentes para fornecimento de produtos ou serviços como as das concessionárias, das fornecedoras de mercadorias para redes de supermercados, ou das franqueadas. Ou então para obtenção de serviços que assegurem o funcionamento da empresa: fornecimento de água, luz, telefonia; seguros; acesso à rede computadores; manutenção de programas, etc.

3. MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

A sociedade de massas multiplicou a imputação de efeitos negociais a um sem número de condutas, independentemente da manifestação de vontade dos obrigados. A globalização econômica utiliza o contrato como instrumento de exercício de dominação dos mercados e de desafio aos direitos nacionais, especialmente mediante condições gerais

predispostas, que apenas são vertidas (quando o são) aos idiomas locais. A Administração pública tem abdicado dos clássicos instrumentos de soberania e *imperium* para desenvolver políticas públicas contratualizadas, como os contratos de gestão, em fenômeno que foi tido como “a fuga para o direito privado”⁶. A relação contratual de consumo, na dimensão que transcende os interesses dos figurantes e alcança a cidadania, está provocando uma das mais profundas transformações do direito, principalmente a partir da última década do século XX, no estalão da interdisciplinaridade.

Não há como negar que o modelo paradigmático do liberalismo de liberdade de escolhas para autocomposição de interesses, em igualdade de condições, teve seu espaço reduzido substancialmente, a partir das primeiras décadas do século XX, em razão da massificação contratual e da crescente concentração de capital. Esse fenômeno real, mais que a intervenção legislativa, foi a causa efetiva da crise da autonomia privada contratual. As massas são os “conjuntos humanos nos quais o homem se revela como um ser anônimo e despersonalizado”⁷.

Contemporaneamente, os contratos aos quais as pessoas mais se vinculam estão submetidos a condições gerais predispostas por uma das partes, inalteráveis pelos destinatários, submetendo milhares ou até mesmo milhões de pessoas. Cite-se o exemplo dos contratos de planos de saúde no Brasil, os quais, na entrada do século XXI, já alcançavam aproximadamente cinquenta milhões de usuários (contratantes e beneficiários). Os ordenamentos jurídicos tiveram de se deparar com essas realidades do mundo da vida, para as quais o modelo liberal clássico do contrato é totalmente inadequado.

Nos contratos de adesão, a conduta do contratante

⁶ Título da obra de Maria João Estorninho, Coimbra: Almedina, 1996.

⁷ LÔBO, Paulo. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12.

aderente não configura exteriorização consciente de vontade, mas submissão às condições preestabelecidas. Por esta razão, o Código Civil de 2002 protege o aderente, qualificado como juridicamente vulnerável, com a interpretação que lhe seja favorável, quando em conflito com o predisponente. Portanto, mais que a vontade consciente exteriorizada, em casos que tais, o negócio jurídico emerge da conduta ou comportamento geradores de efeitos equivalentes ao do negócio jurídico volitivo, mas distintos. Hoje, os contratos de adesão atravessam toda a vasta área contratual da circulação de bens e da prestação de serviços, constituindo, em setores relevantes (bancário, de seguros, de fornecimento de bens duradouros etc.) a forma largamente dominante, quase exclusiva, de contratação. “Neles se jogam interesses econômicos nucleares da vida relacional do homem comum”⁸.

Conseqüência assemelhada se dá com os chamados contratos necessários ou obrigatórios, a exemplo do seguro obrigatório para licenciamento de veículos, nos quais a vontade é totalmente desconsiderada. Nos contratos massificados de transporte coletivo pouco importa que a vontade do passageiro seja contrária ao preço da tarifa ou até mesmo do objeto contratual, quando se engana do destino. Para essas situações, alguns propõem que melhor se enquadrariam como ato-fato jurídico ou até mesmo como fato jurídico em sentido estrito, pois as normas do Código Civil relativas ao negócio jurídico e ao ato jurídico lícito, segundo Moreira Alves, “esgotam a disciplina das ações humanas que, por força do direito objetivo, produzem efeitos jurídicos em consideração à vontade do agente, e não simplesmente pelo fato objetivo desta atuação”⁹.

Os contratos de execução duradoura ou indeterminada, também denominados relacionais, não podem ser submetidos

⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos: estudos*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 182.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. O negócio jurídico no anteprojeto de Código Civil brasileiro. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: set. 1974, p. 3.

aos mesmos requisitos dos contratos de execução instantânea. São suscetíveis de modificação pelas circunstâncias futuras, previsíveis ou não, até porque ninguém pode antecipar a regularidade do mesmo estado de coisas com o passar do tempo. Esses contratos exigem adaptação constante, com o reajuste e o re-equilíbrio de suas condições, o que provoca a implosão do princípio clássico de sua vinculabilidade obrigacional (*pacta sunt servanda*). Para esses contratos, são impróprias as soluções da teoria geral do adimplemento e das consequências do inadimplemento, porque não satisfazem os interesses das partes. Não se pode esperar que a onerosidade insuportável para a parte vulnerável, em virtude das circunstâncias advindas da execução negocial, tenha como solução a extinção do contrato. Nesses casos, como no exemplo dos planos de saúde, há a razoável expectativa de que o contrato perdure por anos ou até mesmo até o fim da vida da pessoa, impondo-se a consideração da vulnerabilidade de quem dele se utiliza e o permanente ajustamento da equivalência material.

A supremacia da vontade individual cedeu o lugar para os efeitos contratualiformes do tráfico jurídico. Assim, não mais se estranha que haja contratos obrigatórios, que certas condutas típicas sejam equiparadas a aceitação, que a vontade negocial seja desconsiderada nos contratos massificados, que o equilíbrio formal do contrato seja superado pela equivalência material. A “morte do contrato” profetizada por Grant Gilmore não se consumou, salvo se for referida ao modelo clássico, matizado na soberania da vontade do livre mercado, cujas teorias chocavam pela ausência de qualquer consideração social, como ele próprio admite¹⁰. Houve, ao contrário, sua metamorfose, para se adaptar à realidade de tão intensas mudanças da sociedade pós-industrial, com a inevitável

¹⁰ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University, 1995, p. 104.

consideração dos sujeitos vulneráveis.

4. MODALIDADES LEGAIS DE PROTEÇÃO DO VULNERÁVEL

A liberdade contratual pressupõe o exercício de três liberdades de escolha interligadas: a) a liberdade de escolher o outro contratante; b) a liberdade de escolher o tipo contratual; c) a liberdade de determinação do conteúdo. A intervenção legislativa, no Estado social, para realizar a proteção do contratante vulnerável, vale-se de correspondentes modalidades de limitação da liberdade contratual, a saber:

I - limitação da liberdade de escolha do outro contratante, sobretudo nos setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte etc), ou monopolizados. O contratante fornecedor é obrigado a prestar o serviço a qualquer pessoa que o demande. Cuida-se de obrigação compulsória de fazer, não podendo haver recusa discricionária à contratação, que poderá ser determinada judicialmente, além de importar indenização por perdas e danos;

II - limitação da liberdade de escolha do tipo contratual, quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença ou cessão, no âmbito da lei de *software*, e dos contratos de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário. São contratos típicos, que consistem em *numerus clausus*. Nesta hipótese, cessa a liberdade de escolher ou criar outros, pois o legislador presume que os tipos que definiu são os que melhor protegem o contratante vulnerável, segundo os dados da experiência. As leis, principalmente o Código Civil, regulam os tipos que já estão consagrados no tráfico jurídico: compra e venda, doação, permuta, empréstimo, mandato, locação, fiança, empreitada, corretagem, transporte, seguros. Porém, essa regulação é tradicionalmente supletiva, com uso de normas jurídicas

dispositivas, ou seja, apenas incidem sobre os contratos se as partes não tiverem estipulado de modo diferente ao que elas dispuseram;

III - limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, total ou parcialmente, como no contrato de locação residencial, nos contratos do sistema financeiro da habitação, no contrato de turismo, no contrato de seguro. O contratante que exerce o poder negocial dominante não pode contrariar os conteúdos fixados por lei, que dizem respeito à essência desses contratos protegidos.

O Estado liberal era tendencialmente não-cogente, pois a função básica do direito era a de suplementar a autonomia privada. A doutrina tradicional pôs como fontes de limitação apenas os bons costumes e a ordem pública, repercutindo o ideário liberal burguês da primazia do individualismo, negando-se o poder de intervenção do Estado legislador, administrativo ou judicial, para realização da justiça social nas atividades econômicas.

As normas jurídicas não-cogentes já constituem, em grau menor, uma técnica legislativa de previsão de conteúdo e futuro de eficácia do negócio jurídico, tomando o lugar das manifestações de vontade que não foram feitas. O Estado social, todavia, intervém na ordem econômica privada para proteger a parte juridicamente vulnerável e evitar o abuso do poder negocial da outra, o que importa crescente utilização de normas cogentes (proibitivas ou imperativas), limitando o uso das normas dispositivas ou supletivas e a própria autonomia privada.

A modalidade mais incisiva e eficaz do contratante vulnerável, além das três referidas, que o legislador passou a utilizar, é a de sancionar com nulidade o contrato ou partes dele que comprometem a equivalência material, ou seja, quando levam à vantagem excessiva para quem exerce o poder

negocial e desvantagem ou onerosidade excessiva para quem não detém poder de barganha. As cláusulas correspondentes são consideradas abusivas, conseqüentemente, nulas. A nulidade é contextual, ou seja, quando há ocorrência de abusividade e de presunção de vulnerabilidade, pois, no contexto de contrato paritariamente negociado, não se cogita de nulidade. Por exemplo, a Medida Provisória 2.172-32, de 2001, estabelece que são nulas “de pleno direito” as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal, e, nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual. Foi, porém, no direito do consumidor que o legislador melhor imprimiu essa orientação. A invalidade absoluta reforça o caráter de ordem pública da proibição: as cláusulas abusivas são insuscetíveis de convenção ou convalidação. O interesse protegido não pertence individualmente ao consumidor, mas a toda comunidade potencialmente atingida, o que permite o ajuizamento de ação civil pública por legitimado coletivo. Pudesse haver uma gradação de invalidade, as hipóteses sujeitas a anulabilidade restariam desprotegidas, porque dependentes de decisão do interessado direto (o consumidor). Duas ordens de problemas contribuiriam para se frustrar o objetivo legal:

a) a inércia do consumidor e seu temor aos riscos da demanda, comuns nas relações de consumo;

b) o estímulo ao abuso do poder negocial, que contaria com a omissão dos contratantes consumidores, ante a ausência de proibição legal absoluta às cláusulas abusivas.

As cláusulas abusivas, nas relações contratuais de consumo, e as condições gerais abusivas nos contratos de adesão

atingem uma vasta pluralidade de sujeitos vulneráveis. Por isso, o estímulo à estruturação prevaiente de remédios preventivos, inibitórios, alcançando diretamente as fontes do abuso¹¹. O aderente não precisa aguardar a decisão judiciária para deixar de cumprir as cláusulas abusivas assim qualificadas. A declaração de nulidade opera *ex tunc* e a cláusula, por ser absolutamente inválida, nunca se integra ao contrato nem produz efeitos jurídicos. A nulidade das cláusulas abusivas não invalida o contrato totalmente, salvo se ocorrer ônus excessivo para qualquer das partes, mantendo-se na parte remanescente. Impõe-se o princípio da conservação do negócio jurídico, desde que guardada a equivalência material.

O direito do consumidor, que despontou com força nas últimas décadas, provocou mudanças substanciais no direito contratual, impondo-se ao plano da teoria geral dos contratos, pois não trata de situações especiais e episódicas, mas da maior parte das relações negociais entretidas no mundo atual pelas pessoas físicas. O diálogo entre o direito contratual comum e o direito contratual do consumidor terminaria por ser intensificado, como ocorreu com o Código Civil alemão que passou a tratar conjuntamente de ambos, após as profundas reformas do direito das obrigações, ocorridas nos anos de 2001 e 2002. No Brasil, a harmonização entre essas dimensões do direito contratual tem sido profícua na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, para o que muito contribui a compreensão da vulnerabilidade como categoria jurídica relevante.

A ausência do contratante vulnerável legalmente presumido não afasta outros modos de limitação da autonomia privada, para prevenir vulnerabilidades ocasionais ou circunstanciais. A legislação atual prevê regras voltadas à preservação da equivalência material dos contratos, algumas

¹¹ LÔBO, Paulo. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 178.

das quais tinham sido suprimidas da codificação civil liberal, como o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva em razão de circunstâncias supervenientes e imprevistas, a rescisão unilateral, as fases pré e pós-contratual, as limitações dos juros de mora e da cláusula penal, a flexibilização dos vícios redibitórios, a evicção.

5. A INDISPENSÁVEL CONSIDERAÇÃO DA EQUIVALÊNCIA MATERIAL

A vulnerabilidade é subprincípio derivado do grande princípio social da equivalência material, no plano da teoria geral dos contratos. É, todavia, princípio autônomo nas relações contratuais nas quais a vulnerabilidade de um dos figurantes é presumida por lei. Exemplo frisante é o do contrato de consumo, em que recebe expressa e destacada referência no CDC.

A equivalência material é objetivamente aferida quando o contrato, seja na sua constituição seja na sua execução, realiza a equivalência das prestações, sem vantagens ou onerosidades excessivas originárias ou supervenientes para uma das partes. No direito brasileiro, a norma que melhor a expressa, na ordem objetiva, é o inciso V do art. 6º do CDC, que prevê “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Na ordem subjetiva, leva em o que o direito presume como juridicamente vulneráveis, como o consumidor, o aderente, o inquilino, o trabalhador.

Como disse Franz Wieacker, “o positivismo, desprezando a antiga tradição – que vinha da ética social de Aristóteles, passando pela escolástica, até o jusnaturalismo – tinha deixado de atribuir qualquer influência à equivalência

material das prestações nos contratos bilaterais”¹². Por esta razão, todos os institutos jurídicos que levavam à justiça contratual e, conseqüentemente, à limitação da liberdade dos poderes negociais, foram afastados pela legislação liberal, a exemplo do Código Civil de 1916. Retoma-se o curso da história, recuperando e dando novas feições a esses institutos generosos, como a equivalência material, contribuindo para a humanização ou repersonalização das relações civis e a pacificação social.

A equivalência material enraíza-se nas normas fundamentais da Constituição brasileira de 1988, que veiculam os princípios da solidariedade (art. 3º, I) e da justiça social (art. 170). Este último artigo estabelece que toda a atividade econômica - exercida juridicamente mediante contratos - deve observar os “ditames da justiça social”, que, como vimos, voltam-se à promoção da mudança social e à redução das desigualdades reais dos figurantes.

No Código Civil de 2002 teve introdução explícita nos contratos de adesão. O Código o incluiu, de modo indireto, em preceitos dispersos, inclusive nos dois importantes artigos que disciplinam o contrato de adesão (arts. 423 e 424), ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*) e ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (cláusula geral aberta, a ser preenchida pela mediação concretizadora do aplicador ou intérprete, caso a caso). O contrato de adesão disciplinado pelo Código Civil tutela qualquer aderente, seja consumidor ou não, pois não se limita a determinada relação jurídica, como a de consumo.

Em situações específicas, a equivalência material é revelada implicitamente. No Código Civil de 2002 ampliou-se,

¹² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 1980, p. 599.

consideravelmente, o poder do juiz para revisar o contrato e para assumir o juízo de equidade, levando-o às fronteiras do legislador, ao menos no que concerne ao caso concreto. Ao juiz é dada a moldura, mas o conteúdo deve ser preenchido na decisão de cada caso concreto, valendo-se de princípios, conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. Destaquem-se, nessa dimensão, os artigos 157 (lesão), 317 (correção do valor de prestação desproporcional), parágrafo único do art. 404 (concessão de indenização complementar, na ausência de cláusula penal), 413 (redução equitativa da cláusula penal), 421 (função social do contrato), 422(boa-fé objetiva), 423 (interpretação favorável ao aderente), 478 (resolução por onerosidade excessiva), 480 (redução da prestação em contrato individual), 620 (redução proporcional do contrato de empreitada).

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que, para a proteção do consumidor, deve ser atendido, dentre outros, os seguintes princípios: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, ao lado do princípio da “harmonização dos interesses” e “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedor”, sendo estes enunciados expressões da equivalência material.

A equivalência material, recepcionada como princípio normativo pelo direito brasileiro, rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da parte vulnerável.

6. RELATIVIDADE DA AUTONOMIA PRIVADA

Apenas com o advento do Estado liberal, pode cogitar-se

do que passou a se denominar autonomia privada, até porque o indivíduo e sua vontade livre passaram a ser o centro da destinação do direito, difundindo-se a concepção de liberdade negativa em contraposição à liberdade positiva dos antigos. No Estado liberal, a autonomia justificava-se por si mesma. Dizer que a vontade era autônoma ou livre era quase um truísmo, dada a força da ideologia dominante, que a fundava nas idéias inatas de liberdades absolutas de propriedade e dos negócios. O livre jogo das forças de mercado conduzia ao equilíbrio de interesses e dos poderes econômicos distintos. Essa origem, de forte matiz ideológico e resultante de contingências históricas, não poderia ser abstraída com o advento do Estado social.

A natureza intervencionista do Estado social, para os fins de proteção das pessoas vulneráveis, é incompatível com a recepção plena do princípio da autonomia privada. A Constituição brasileira refere explicitamente à livre iniciativa, mas não à autonomia privada, porque esta é necessariamente limitada e limitável. A autonomia privada é mais ampla que a livre iniciativa; esta é expressão parcial daquela. A livre iniciativa é liberdade de criar e exercer empreendimentos ou atividades econômicas.

Nem todos os atos de autonomia privada se enquadram nesse conceito de livre iniciativa; os atos realizados entre pessoas particulares, inclusive contratos, sem relação com atividade econômica, os atos realizados no âmbito do direito de família ou das sucessões são de autonomia privada, mas não de livre iniciativa. Depreende-se que há atos de autonomia privada dentro e fora da livre iniciativa. Não há, pois, princípio constitucional da autonomia privada ou da liberdade contratual. Nessa linha, decidiu o Conselho Constitucional francês (Decisão 94-348) que “nenhuma norma de valor constitucional

garante o princípio da liberdade contratual”¹³.

Nos Estados Unidos, a Corte Suprema constitucionalizou a autonomia privada durante o predomínio do liberalismo individualista, com intuito de barrar as leis que intervinham nas relações privadas de caráter econômico, até que, em 1934, reformulou totalmente sua orientação para considerar constitucional a legislação intervencionista do *New Deal* e, conseqüentemente, desconstitucionalizar a autonomia privada, que passou a ser tida apenas como princípio de direito privado, suscetível de limitação no interesse geral. Na Alemanha, Raiser afirma que não é claro que a Constituição (Lei Fundamental) garanta a liberdade contratual¹⁴.

A limitação jurídica do espaço da autonomia privada, para evitar que seja explorada pelo poder negocial dominante em seu interesse, representa um profundo abalo ao próprio princípio, enquanto deixa de ser explicado pelo poder de autonomia, de acordo com sua fundamentação política, para sê-lo por seu contrário (o limite, a restrição). Na medida em que crescem o controle e a limitação estatais e sociais, reduz-se o espaço de autonomia.

7. EXCURSO

Estudiosos da filosofia, da sociologia e da ciência política têm vislumbrado sinais de pós-modernidade, a qual não significa juízo de valor positivo¹⁵. A modernidade trouxe injustiças, por seu impiedoso individualismo e exasperação dos valores patrimoniais, que reduzem o número dos titulares reais

¹³ MATHIEU, Bertrand. L'utilisation de principes législatifs du Code Civil comme norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. *Code civil et constitutions*. Paris: Econômica, 2005, p. 35.

¹⁴ RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. Trad. Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 1990, p. 182.

¹⁵ Habermas reage, com fina ironia, contra os que já vêem “pós” quando estamos em pleno “ainda”. Cf. *The New Conservatism*. Cambridge: MIT Press, 1990, p. 3-5.

dos direitos subjetivos, mas trouxe avanços que marcaram indelevelmente a emancipação humana. Na perspectiva do direito, sua mais importante realização diz com a igualdade de todos perante a lei, libertando os homens dos vínculos a corpos intermediários, ordens, corporações e estamentos. Os direitos subjetivos, a todos formalmente conferidos, vieram substituir os direitos privilegiados, que decorriam de concessões em razão do lugar ou da posição ocupada na rígida hierarquia da ordem social. Configurando o último estágio conhecido do Estado moderno, o Estado social procurou oferecer oportunidade de realização da igualdade de todos *na* lei, mediante a concretização da justiça social. Um de seus mais importantes avanços, no direito privado, foi precisamente a proteção do contratante que a lei considera vulnerável.

Atualmente, assiste-se a um retorno preocupante a certos traços da cultura pré-moderna, o que pode prenunciar um neofeudalismo¹⁶ das relações jurídicas, ao lado da revalorização do *homo aeconomicus*. Substituem-se os vínculos diretos entre cidadão e Estado pela superposição de corpos intermediários. Passam a ser mais importantes os vínculos obrigacionais contraídos pelas pessoas com grandes empresas, pelo temor do desemprego e de insuficiência da previdência social, ou com fornecedores de serviços e produtos, que produzem suas próprias ordens normativas.

Alguns fatores têm contribuído para essa situação de perplexidade, de quase dispensa do direito estatal, podendo ser

¹⁶ Advirta-se que esse “neofeudalismo” não significa o desaparecimento total da modernidade nem um simples retorno à organização política e econômica medieval, pois ostenta complexidade diferenciada, mais sofisticada, sem embargo da preocupante característica antidemocrática que ele revela. Para José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 325, ele se assenta “nos interesses e na vontade dos atores políticos e econômicos – as “organizações complexas” – com maior poder de articulação, mobilização, confronto, veto, barganha, decisão de investimento e capacidade de geração tanto de emprego quanto de receitas”, e não está mais baseado “no nascimento, na etnia, na nobreza, na religião, no credo político ou na ocupação dos sujeitos”.

assinalados:

a) superposição de vínculos jurídicos, especialmente com macroempresas transnacionais, com organizações não governamentais de caráter nacional ou transnacional, com instituições políticas, culturais, filantrópicas, esportivas, com credos e instituições religiosas;

b) dispersão da consciência de *res publica*, de obrigação cívica com o bem público, no Brasil agravada com uma tradição privatista do público, quase sempre entendido como extensão do espaço doméstico e familiar;

c) contratualização do direito, o que leva a que os poderes normativos das empresas tenham a aparência contratual, principalmente mediante condições gerais dos contratos, fundando-se na legitimidade aparente da autonomia dos sujeitos, os quais são a elas, de fato, submetidos;

d) redução substancial dos direitos garantidos em lei (garantismo legal), de modo a que os mais fracos dependam de garantias convencionais, obtidas em negociação com os mais fortes, inclusive mediante organizações profissionais;

e) contratualização das políticas públicas, abdicando o Estado do seu poder de império, para assumir posição de contratante paritário, como se dá com os contratos de gestão;

f) cerco à ordem econômica fundada na justiça social;

g) redirecionamento do papel do juiz, suprimindo-lhe o poder de intervenção na atividade econômica, como o da revisão dos contratos iníquos, para garantia da lógica dura do mercado;

h) predomínio de uma *lex mercatoria* ditada pelos poderes hegemônicos globais, que se distancia dos tradicionais costumes mercantis consolidados.

Talvez o fator mais decisivo para o desenvolvimento de relações jurídicas que tangenciam os direitos nacionais seja a rede de informação mundial, a *internet*, que propicia a realização de inúmeros atos jurídicos, sem contato pessoal, à

distância, para os quais os Estados e suas ordens jurídicas diferenciadas constituem estorvo. As pessoas adquirem ou utilizam produtos e serviços oriundos de outros países, com legislações civil, contratual, tributária e de direito internacional privado divergentes, que são desconsiderados pelos que participam dessas transações.

