

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Neimar Batista¹
Ana Rosa Tenório de Amorim²

¹ Advogado na área de Direito Civil Empresarial, Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito Civil Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Legal Law Master – IBMEC, Mestre em Direito Civil Empresarial pela Faculdade de Direito da UNICURITIBA, Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Contato: neimar@batistaetawil.com.br.

² Advogada na área de Direito Empresarial. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Contato: anartam@me.com.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

RESUMO

Este artigo discute a vulnerabilidade como um conceito legal e sua aplicação ao Direito Privado. Inicialmente, demonstra como a teoria do direito privado desligou-se de uma visão puramente individualista e abraçou uma *ethos* mais social. Depois de apresentar a teoria de Martha Fineman sobre vulnerabilidade e sujeito vulnerável e suas implicações para o direito privado, o artigo analisa como o conceito de vulnerabilidade pode ser encontrado em diversas situações jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do direito privado; vulnerabilidade; direito civil; direito contratual.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

1 INTRODUÇÃO: A VULNERABILIDADE COMO CATEGORIA DO DIREITO PRIVADO

O conceito de vulnerabilidade permeia hoje diversos campos do chamado direito privado. É possível encontrá-lo no direito do consumidor, no direito do trabalho, como categoria nos microssistemas de proteção ao idoso e à criança e adolescente, na proteção às pessoas portadoras de deficiência e, até mesmo, nas relações societárias entre sócios majoritários e minoritários. Também nas relações contratuais convencionais, a ideia de vulnerabilidade passa a fazer-se presente. A despeito dessa presença constante, ainda há muita dificuldade em estabelecer uma definição do que venha a ser vulnerabilidade.

De acordo com Judith Martins-Costa¹, o termo vulnerabilidade foi usado inicialmente no chamado Belmont Report, trabalho desenvolvido pela Comissão Nacional de Proteção às Pessoas Sujeitas à Pesquisa Biomédica e Comportamental, criada pelo National Research Act., para o Congresso americano. O termo surgiu, portanto, de discussões bioéticas², passando a ser empregado em outros campos do Direito, sobretudo nas chamadas relações consumeristas.

1 MARTINS-COSTA, JUDITH. A boa fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300.

2 Judith Martins-Costa lembra que em documentos internacionais, como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, o termo vulnerabilidade é usado para designar tanto indivíduos vulneráveis, como igualmente populações vulneráveis. Cf. MARTINS-COSTA, JUDITH. A boa fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 301. Na Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, a expressão “vulneráveis” aparece nos arts. 17 e 24, *in verbis*: “Artigo 17. Os Estados devem respeitar e promover a prática da solidariedade relativamente a indivíduos, famílias e grupos populacionais particularmente vulneráveis ou afetados por doença ou deficiência de caráter genético. Devem estimular, inter alia, pesquisa para a identificação, prevenção e tratamento de doenças causadas ou influenciadas por fatores genéticos, particularmente as doenças raras, bem como de doenças endêmicas que afetem parte expressiva da população mundial” e “Artigo 24 O Comitê Internacional de Bioética da UNESCO deve contribuir para a disseminação dos princípios estabelecidos nesta Declaração e para a futura análise das questões decorrentes de sua aplicação e da evolução das tecnologias em questão. Deve organizar consultas a partes envolvidas, tais como grupos vulneráveis. Deve elaborar recomendações conforme os procedimentos estatutários da UNESCO, dirigidas à Conferência Geral e fornecer consultoria no que se refere ao acompanhamento da presente Declaração, particularmente na identificação das práticas que possam ser contrárias à dignidade humana, tais como intervenções em células germinais.” Já na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, o termo aparece com

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Como lembram Benoît Eyraud e Pierre Vidal-Naquet³, a expressão vulnerável designa tanto aqueles que se encontram feridos⁴ como aqueles que correm o risco de se ferirem. Assim, já se pode ver que o conceito de vulnerabilidade pode ser aplicado a um indivíduo em particular, a um grupo de indivíduos, a uma situação atual – em alguns casos existencial – e a uma situação potencial.

Embora seja mais fácil perceber a utilidade e até mesmo necessidade do conceito para microssistemas como os de proteção ao idoso ou o de proteção à criança e adolescente, é no campo das relações negociais que a vulnerabilidade carece de maior precisão terminológica, de melhor delineamento de seus conceitos.

As relações privadas são normalmente regidas pela autonomia privada e pressupõem sobretudo que as partes integrantes dessa relação sejam simultaneamente capazes e autônomas, a ponto de a coação e a lesão serem considerados defeitos do negócio jurídico aptos a causar-lhe sua anulação.

Essa autonomia privada estruturadora das relações negociais entra em choque, como bem lembrado por Paul Ricoeur⁵, com a vulnerabilidade, com a fragilidade característica do sujeito do direito. Tem-se um paradoxo: um homem simultaneamente autônomo e vulnerável. A presença da vulnerabilidade torna mais visível a assimetria das relações negociais: uma das partes contratantes

destaque no art. 8º, a seguir transcrito: “Artigo 8º Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal Na aplicação e no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve ser tomada em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.”

³ EYRAUD, Benoît; VIDAL-NAQUET, Pierre. La vulnérabilité saisie par le droit. *Revue Justice Actualités*, 2013, p. 3-10. Disponível em : < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00863118>> Acesso em 25.05.2018.

⁴ Como ressalta Judith Martins-Costa, vulnerável vem do latim “vulnus”, que quer dizer ferida. Vulnerável é aquele que pode ser ferido; vulnerabilidade é o caráter ou qualidade de quem é vulnerável. Cf. MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300.

⁵ RICOEUR, Paul. *Autonomie et vulnérabilité*. Disponível em: <<http://www.fisp.org.tr/autonomie.htm>> Acesso em 25.05.2018.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

possui maior poder negocial que a parte adversa, de modo que esta se encontra em situação de vulnerabilidade.

Nos contratos de consumo, essa vulnerabilidade e assimetria são tão patentes que não provocam tanta estranheza; mas no campo dos negócios regidos pelo Código Civil, em que a igualdade das partes contratantes é a tônica, torna-se mais complexa a tarefa de lidar com a vulnerabilidade e a desigualdade que ela provoca⁶.

O objetivo deste artigo é, portanto, apresentar um conceito de vulnerabilidade, delineando-lhe os contornos teóricos, e apresentando os exemplos nos quais tal conceito pode ser bem trabalhado no campo do direito privado, sobretudo nas relações negociais.

2 A EMERGÊNCIA DA VULNERABILIDADE: DA IGUALDADE À VULNERABILIDADE

2.1 OS FUNDAMENTOS DA VULNERABILIDADE: DO SUJEITO AUTÔNOMO AO SUJEITO VULNERÁVEL

O reconhecimento da vulnerabilidade como característica humana parece ser um truísmo. A mortalidade é a única certeza de todo ser vivo, humanos aí incluídos, e começa-se a morrer a partir do momento que se nasce. O pensamento metafísico e toda a filosofia existencial mostram essa preocupação com a morte, com a angústia que o reconhecimento da própria finitude ocasiona. A natalidade não chega a ser certa, mas a morte é inevitável, ainda que se tente retardá-la. A esperança cristã, por exemplo, promete a eternidade, uma vitória última sobre a morte a partir da ressurreição,

⁶Frédérique Fiechter-Boulevard é contra a aproximação dos termos desigualdade e vulnerabilidade, por entender que a desigualdade exige sempre uma comparação, enquanto que a vulnerabilidade nem sempre há de exigí-la. Neste trabalho, no entanto, far-se-á uma distinção entre a vulnerabilidade existencial, a qual tende a afastar a comparação, da vulnerabilidade contingencial, na qual os comparativos são importantes. Cf: FIECHTER-BOULEVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Org.). Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 15.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

mas nem mesmo o Cristianismo, responsável, como Arendt bem pontua⁷, por exercer tamanha influência sobre a *vita activa e bios politikos*, a ponto de torná-los servos da vida contemplativa, promete uma vitória sobre a morte nesta vida: a promessa é para a vida futura.

Seria de esperar que, nesse contexto, o reconhecimento da vulnerabilidade, desse potencial de ser ferido, ocorresse sem dificuldades, e o Direito logo incorporasse a vulnerabilidade como categoria jurídica. Não foi isso que se viu, no entanto.

Toda a teoria jurídica foi construída com um determinado sujeito de direito em mente: alguém autônomo, livre, consciente, senhor de si. Como salienta Paul Ricoeur⁸, é o homem capaz, em que a capacidade é também compreendida como o poder de se expressar e o poder de agir.

Esse modelo de sujeito autônomo possui nítida influência kantiana, mas fortes notas do individualismo possessivo descrito por Macpherson também estão presentes: é o homem dono de si. No entender de Macpherson, esse homem proprietário de sua pessoa vivia em uma sociedade de trocas, conforme se pode depreender do trecho abaixo:

(...) O indivíduo não era visto nem como um todo moral, nem como parte de um todo social mais amplo, mas como proprietário de si mesmo. A relação de propriedade, havendo-se tornado para um número cada vez maior de pessoas a relação fundamentalmente importante, que lhes determinava a liberdade real e a perspectiva real de realizarem suas plenas potencialidades era vista na natureza do indivíduo. Achava-se que o indivíduo é livre na medida em que é proprietário de sua pessoa e de suas capacidades. A essência humana é ser livre da dependência das vontades alheias, e a liberdade existe como exercício de posse. A sociedade torna-se uma porção de indivíduos livres e iguais, relacionados entre si como proprietários de suas próprias capacidades e do que adquiriram mediante a prática dessas capacidades. A sociedade consiste de relações de troca entre proprietários.

⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 30

⁸ Op. Cit, p. 3.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

A sociedade política torna-se um artifício calculado para a proteção dessa propriedade e para a manutenção de um ordeiro relacionamento de trocas.⁹

As relações de troca, os contratos surgidos, nesse modelo individualista, ocorrem entre sujeitos autônomos os quais, senhores de si e expressando sua vontade, interagem entre iguais para contraírem obrigações. É nesse contexto de forte influência liberal que mais tarde surge, no campo jurídico, como bem explica Enzo Roppo¹⁰, a ideologia da liberdade de contratar e da igualdade dos contraentes.

Tamanha era a ênfase dada à liberdade das partes para decidirem a contratação e estipularem o teor dos contratos, que pouca atenção se dava à questão da justiça das obrigações firmadas. No dizer de Roppo:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de fato, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com seus interesses...

Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre se formava a asserção peremptória, segunda a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (*qui dit contractuel dit juste*).

Essa visão do sujeito de direito como um sujeito autônomo e, no campo do direito privado, como um sujeito livre para contratar, entendia que a manifestação da vontade das partes contraentes, por ser serem partes iguais, autônomas e livres, era suficiente para gerar o equilíbrio contratual. Assim, a justiça comutativa que se operava nesse modelo via como desequilibrada e, portanto, injusta, a situação em que o contraente agia por erro, era enganado ou sofria coação, isto é,

⁹ MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 15.

¹⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32 e seguintes.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

situações em que sua vontade e seu conhecimento não eram plenas. *Pācta sunt servanda* e somente excepcionalmente as estipulações contratuais poderiam ser alteradas.

Não é possível pretender, num ambiente tão impregnado pelo liberalismo, que a vulnerabilidade como categoria jurídica emergisse. Seria preciso uma série de mudanças ideológicas e axiológicas para que a vulnerabilidade passasse a ser considerada um elemento de interesse para o Direito.

Dois elementos, um no campo da teoria política e o outro no campo do direito, permitiram trazer a vulnerabilidade para o centro das preocupações jurídicas: os movimentos sociais, quer baseados ou não na figura das políticas identitárias, e a teoria crítica do direito, respectivamente, associadas a um sentimento cada vez maior de que o fenômeno da desigualdade era tão ou mais relevante que a igualdade pressuposta dos sujeitos autônomos de direito. Enquanto a liberdade de contratar pressupunha uma igualdade entre os contraentes, a vulnerabilidade parte da desigualdade e da assimetria entre os sujeitos da relação jurídica.

A desigualdade tem, para a construção da vulnerabilidade como categoria jurídica, importância equivalente à da igualdade para a construção da teoria contratual clássica. Coube a Martha Fineman apresentar uma teoria da vulnerabilidade cujo grande mérito é destacar o papel da desigualdade e desafiar o modelo de autonomia típica do sujeito de direito. Segundo ela¹¹, a sociedade americana – e também toda nossa sociedade ocidental – foi construída tendo como base a ideia de igualdade desenvolvida por Locke: os homens são livres e possuem os mesmos direitos inalienáveis, provenientes do estado da natureza, sendo todos iguais.

Fineman¹² acrescenta que essa igualdade passou a ser considerada uma igualdade meramente formal, isto é, uma igualdade de receber o mesmo tipo de tratamento, de não poder so-

¹¹ FINEMAN, Martha. The vulnerable subject: anchoring equality in the Human Condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, 2008, vol. 20, n. 1, artigo 2, p. 2-3.

¹² Op. cit., p. 2-3

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

frer discriminação alguma quanto ao sexo, raça, religião, nacionalidade. Esse modelo de igualdade formal possui, no entender de Fineman, fortes limitações, uma vez que é incapaz de dar conta de situações em que disparidades econômicas e sociais existentes entre grupos sociais ocorrem frequentemente. É emblemática a passagem de seu artigo no qual ela apresenta essa crítica:

This version of equality is similarly weak in its ability do address and correct the disparities in economic and social wellbeing among various groups in our society. Formal equality leaves undisturbed – and may even serve to validate – existing institutional arrangements that privilege some and disadvantage others. It does not provide a framework for challenging existing allocations of resources and power.¹³

Há uma série de desigualdades geradas para grupos de pessoas e não apenas para indivíduos, tomados isoladamente. Essas desigualdades se fazem presentes também nas relações de caráter econômico, notadamente de direito privado, de modo que os partícipes das relações jurídicas não se colocam em posição de igualdade formal, tal como mencionado por Roppo em sua descrição de um modelo contratual clássico. Pelo contrário: os partícipes da relação jurídica se veem em posição de desigualdade, em que uma das partes, por ser integrante de um grupamento de pessoas, vê-se em posição de desvantagem tal que um desequilíbrio é gerado. Uma das partes possui muito mais poder negocial e poder de fato do que a outra parte da relação, constituindo uma relação assimétrica.

Essa limitação da igualdade formal estrita de dar conta de situações em que a desigualdade atinge não apenas indivíduos, mas grupos de pessoas, e está relacionada não apenas a diferenças de tratamento, mas de alocação de bens, não seria algo inevitável, no entender de Fineman.¹⁴

¹³ Op. cit., p. 3. Em tradução livre: Esta versão de igualdade é similarmente fraca em sua habilidade de abordar e corrigir disparidades no bem-estar social e econômico entre vários grupos em nossa sociedade. A igualdade formal deixa intocada – e pode até servir para validar – arranjos institucionais existentes que privilegiam alguns e põem outros em desvantagem. Ela não propicia um modelo para desafiar as alocações de recursos e poder existentes

¹⁴ Op. cit., p. 5.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

O modelo liberal de igualdade formal e estrita e de sujeito autônomo seriam incapazes de dar conta dessas desigualdades, de modo que Fineman propõe a substituição desse sujeito autônomo por um sujeito vulnerável¹⁵. É aqui que ela desenvolve sua ideia de vulnerabilidade, com prestações a serem fornecidas pelo Estado como instituidor de políticas públicas capazes de impedir o surgimento e a perpetuação da desigualdade.

Em uma boa síntese do conceito de vulnerabilidade exposto por Fineman, Nina Kohn ressalta o dever do Estado de intervir em situações de vulnerabilidade¹⁶:

The central thesis of Fineman's theory of vulnerability is that all human beings are vulnerable and prone to dependency (both chronic and episodic), and the state therefore has a corresponding obligation to reduce, ameliorate, and compensate for that vulnerability. Implicit in Fineman's thesis is an assertion that it is neither just nor reasonable to expect that mere equal treatment will meet individuals' needs in a world in which no one is assured of avoiding injury, illness, or other adverse life events.

A vulnerabilidade é questão existencial. O potencial de ser atingido, de sofrer uma lesão, é ínsito à natureza humana, e os graus com que essa vulnerabilidade se apresenta variam no decorrer do curso de vida do sujeito vulnerável. O sujeito vulnerável é vulnerável de maneiras e intensidades distintas no decorrer de sua vida, diferenciando-se do sujeito autônomo do modelo clássico, visto apenas como um adulto livre.¹⁷

¹⁵ Op. cit., p. 10.

¹⁶ KOHN, Nina. Vulnerability theory and the role of government. **Yale Journal of Law and Feminism**, 2014, vol. 26, n. 1, artigo 2, p. 5. Em tradução livre: A tese central da teoria de Fineman sobre vulnerabilidade é de que todos os seres humanos são vulneráveis e propensos à dependência (tanto crônica quanto episódica) e o Estado, portanto, tem a obrigação correspondente de reduzir, melhorar e compensar essa vulnerabilidade. Implícita na tese de Fineman está a afirmação de que não é justo ou razoável esperar que a mera igualdade de tratamento satisfará as necessidades individuais num mundo em que ninguém resta assegurado de que evitará lesões, doenças ou outros eventos adversos de vida.

¹⁷ Cf. FINEMAN, Martha. Op. cit., p. 12.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Essa observação de Fineman é particularmente relevante, uma vez que a vulnerabilidade de crianças e a de idosos estão no cerne da incorporação de um conceito de vulnerabilidade para o Direito.

Na sua perspectiva jusfilosófica, Fineman impõe ao Estado o dever de construir políticas públicas e leis que mitiguem essa vulnerabilidade, de modo que o sujeito vulnerável é um sujeito que ganha atenção especial do Estado.

É nesse contexto de transformação social e do uso do Direito e de políticas públicas estatais como forma de implementação dessas transformações, que o pensamento de Martha Fineman pode ser classificado como integrante de uma perspectiva crítica do direito.

A teoria crítica do direito entende que o Direito tem como função não apenas a regulação das relações sociais, mas a transformação dessas relações. Seu papel não é o de manutenção de um status quo, impassível, mas sim o de um Direito instrumentalizado para produzir alterações na sociedade, de forma a torná-la mais justa e igualitária.

Assim, caberia ao Direito, nessa visão, criar mecanismos de tutela e proteção do vulnerável, de modo que este possa se ver compensado pela posição de vulnerabilidade que ocupa numa relação jurídica.

Foi dito antes que a visão crítica do Direito, o crescimento em importância da desigualdade e o surgimento de movimentos sociais, relacionados ou com políticas identitárias, são responsáveis pela emergência da vulnerabilidade como categoria jurídica.

Fineman apresenta muitíssimo bem dois desses elementos: a desigualdade e a perspectiva crítica, mas faz ressalvas quanto às políticas identitárias. Isso ocorre porque, para ela, a identidade, tomada quer isoladamente, quer como multiplicidade de identidade, é insuficiente para dar conta

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

das situações de desigualdade, sendo a vulnerabilidade uma categoria que melhor ataca o problema, pois é capaz de atacar as estruturas nas quais essas identidades e desigualdades são geradas.¹⁸

Os indivíduos colocam-se como novos sujeitos de direito, posto que pleiteiam tutelas específicas, destinadas à defesa de seu grupo. Na perspectiva do sujeito autônomo da tradição liberal, o homem adulto é o sujeito de direito por excelência. Na perspectiva do sujeito vulnerável, a criança, o idoso, minorias (muitas vezes radicada numa visão identitária) emergem à categoria de sujeitos de direito. A maioria, nesse caso, ou a capacidade, não são obstáculos para a proteção desses grupamentos de pessoas. É justamente sua vulnerabilidade que faz com que assumam a posição de sujeitos de direito.

A demanda desses novos sujeitos de direito pressiona o Estado e o corpo político a agir em sua defesa, criando mecanismos de tutela jurídica que lhes assegurem seu direito ao reconhecimento ou mitigue a situação de desigualdade. O direito passa a ter uma abordagem intervencionista e funcionalista e aqui impacta diretamente na justiça das relações jurídicas.

2.2 JUSTIÇA COMUTATIVA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: RUMO A UMA INTEGRAÇÃO

A aplicação do conceito de vulnerabilidade no âmbito do direito privado também acompanha as modificações principiológicas pelas quais o direito privado vem passando. Há um novo *ethos* aplicável às relações privadas, em que princípios como o da boa-fé objetiva, da vedação ao comportamento contraditório, da função social dos contratos e da propriedade e a eficácia horizontal dos direitos humanos vão afastando os primados estritamente liberais sobre os quais foi construído o direito civil. Nesse cenário, a proteção ao vulnerável emerge como uma tutela em que a dignidade da pessoa humana e a solidariedade apresentam um destaque antes ocupado apenas pela autonomia da vontade (posteriormente pela autonomia privada) e pelo individualismo.

¹⁸ Op. cit., p. 16.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

A vulnerabilidade provoca uma mudança profunda na forma como as justiças comutativa e distributiva operam no Direito. Ela traz elementos de justiça distributiva para dentro das relações típicas de justiça comutativa, sendo consequência do fenômeno da publicização das relações privadas e de um *ethos* mais comprometido com a solidariedade e com a desigualdade.

Os conceitos de justiça comutativa e justiça distributiva, estavam presentes no *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, e até hoje influenciam as visões de justiça. O livro V do *Ética a Nicômaco* traz os debates sobre a justiça particular, da qual são exemplos a justiça distributiva e a comutativa. A justiça comutativa sempre foi considerada a espécie de justiça típica das relações contratuais e, portanto, do direito privado, enquanto que a justiça distributiva é comumente vista como característica das distribuições dos direitos e bens sociais presentes no direito público.

A justiça distributiva está relacionada à distribuição de bens para a sociedade. Como lembra Sandel¹⁹, as discussões sobre justiça distributiva hoje em dia tratam mais da distribuição de renda, riqueza e oportunidades, diferentemente da época de Aristóteles, em que a honra também se fazia presente e o fundamento para a distribuição era teleológico.²⁰ A justiça distributiva é uma justiça em que o aspecto sócio-político fica mais evidente, mas enfrenta a dificuldade de estabelecer qual o critério para essa distribuição, qual o fundamento a ser utilizado para realizar essa distribuição. Princípios de orientação feminista, libertária, igualitários, meritocráticos, entre outros, são apontados para como critérios orientadores da distribuição de bens²¹, e a solução de um caso pode obter respostas distintas, a depender do tipo de princípio de distribuição que se escolha.

No caso específico das relações jurídicas, a justiça distributiva está intrinsecamente ligada à efetividade de direitos sociais e ao próprio acesso a direitos. Discussões sobre direito à moradia,

¹⁹ SANDEL, Michael. **Justice**: What's the right thing to do? Ed. Kindle. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, pos. 2971.

²⁰ SANDEL, Michael. **Justice**: What's the right thing to do? Ed. Kindle. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, passim.

²¹ Para uma síntese desses diversos princípios, é interessante ver o verbete sobre justiça distributiva da Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/#Strict>>. Acesso em 25.05.2018.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

reforma agrária, direito à saúde e a tratamentos médicos, desigualdade social são questões em que a justiça distributiva é a chamada a responder. Boa parte dessas discussões são também questões de políticas públicas, de modo que os caracteres público e político tornam-se bastante acentuados.

A justiça comutativa está mais próxima das relações de troca. A expressão comutativa nem sempre é a escolhida pelos tradutores: *iustitia regulativa, directiva, correctiva, correctrix, commutativa*, entre outras, foram usadas pelos tradutores para designar esse mesmo tipo de justiça.²² No Common Law, a expressão mais usada é *corrective justice*, enquanto a expressão justiça comutativa ganhou maior destaque nos países de influência romano-germânica, como é o caso do Brasil.

A escolha do adjetivo comutativo realça um aspecto importante desse tipo de justiça particular: *commutative*, etimologicamente, vem do latim medieval e significa aquilo que é relativo a trocas, intercâmbio. De fato, a justiça comutativa lida com as relações entre particulares, podendo ter como objeto os bens e obrigações os mais diversos. Esses particulares colocam-se em situação de igualdade, sendo uma relação entre iguais.

Percebe-se aqui uma dinâmica curiosa: as relações sociais e políticas sendo reguladas pela justiça distributiva, de modo que o direito público é o que mais se preocupava com essa distribuição de bens: relações privadas e de trocas sendo reguladas pela justiça comutativa, de maneira que o direito privado se ocupava dessa espécie de justiça.

A busca pelo equilíbrio contratual e das prestações, o tratamento dado a fatos imprevistos, à onerosidade excessiva das prestações, são exemplos de problemas de direito privado tratados sob a ótica da justiça comutativa.

Aqui a palavra-chave é equilíbrio, distribuição equilibrada, mas não necessariamente igual. É possível que haja prestações desiguais, se isso não prejudica a parte adversa. Um fato imprevisto

²² Cf. ENGLARD, Izhak. **Corrective and distributive justice**: from Aristotle to modern times. New York: Oxford University Press, 2009, p. 3.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

gera um dano para a parte que o sofreu e afeta a possibilidade de cumprimento da obrigação contraída, de maneira que o contrato precisa ser revisto para que esse dano ocasionado por um fator imprevisível não atrapalhe o equilíbrio contratual. De maneira análoga, a onerosidade das prestações impõe um desequilíbrio: uma das partes passa a beneficiar-se do aumento desse proveito econômico, enquanto a outra parte é prejudicada.

Esses pares de dicotomia justiça comutativa-direito privado e justiça distributiva-direito público foram bastante explorados pela teoria jurídica tradicional, mas mostram-se insuficientes para dar conta da complexidade das relações jurídicas atuais.

O direito privado vem adotando um *ethos* mais socializante e solidário, menos individualista e mercantil, enquanto o direito público passa pelo processo inverso, de modo que cada vez mais as categorias do direito privado influenciam e orientam preceitos de direito público. Esse fenômeno de publicização do direito privado e privatização do direito público é encontrado formidavelmente no conceito jurídico de vulnerabilidade.

2.3 POR UM CONCEITO DE VULNERABILIDADE: A VULNERABILIDADE COMO GERADORA DE DESEQUILÍBRIO E CARECEDORA DE TUTELA

A vulnerabilidade é sinal indicativo de um desequilíbrio na relação jurídica, de modo que um indivíduo em particular, enquanto pertencente a uma classe de pessoas, se vê em situação de desvantagem em relação ao indivíduo constante do polo exposto, que se vê em situação de maior poder negocial.

O fato de alguém se encontrar numa posição de vulnerabilidade faz com que parta de uma situação de desvantagem. Essa relação, se mantida intocada, gera uma posição assimétrica em que a parte adversa possui um poder muito maior e controla parte ou todo o conteúdo da relação jurídica firmada.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Assim, em se tratando de consumidores, as empresas fornecedoras se veem em posição de maior poderio negocial, de modo que o consumidor parte de uma situação de fragilidade e desvantagem, quer técnica, quer econômica, quer científica. A manter-se assim, o sistema de trocas favoreceria apenas a empresa ofertante do produto ou serviço. A vulnerabilidade gera, portanto, a necessidade de tutela jurídica, isto é, de instrumentos jurídicos que permitam que essa situação de vulnerabilidade seja compensada por meio de regras que implementem um equilíbrio e reduzam assimetrias.

Microsistemas inteiros são construídos já imbuídos dessa necessidade de proteção de pessoas vulneráveis: o Código de Defesa do Consumidor protege o vulnerável enquanto integrante da categoria de consumidor; o Estatuto do Idoso protege o vulnerável enquanto integrante da terceira idade; o Estatuto da Criança e do Adolescente protege os vulneráveis enquanto integrantes da infância e da adolescência; as regras de proteção aos acionistas minoritários veem tais acionistas como vulneráveis, também carecedores de proteção.

É importante ressaltar, aqui, a necessidade de pertença a um grupo. São as categorias de pessoas que são tuteladas, são os grupamentos de pessoas que recebem a tutela, e é por meio dessa pertença a um grupamento que os indivíduo, nas suas relações jurídicas individuais, são considerados vulneráveis e recebem proteção específica.

Essa vulnerabilidade pode ainda ser classificada como existencial ou contingencial. Seria existencial a vulnerabilidade atrelada à própria identidade do indivíduo. Uma criança é existencialmente vulnerável, porque a vulnerabilidade compõe seu estado atual e sua identidade. O mesmo acontece com idosos e portadores de deficiência. A vulnerabilidade contingencial está atrelada aos papéis desempenhados pelo sujeito na sociedade: dependem da circunstância na qual se encontram. Assim, o trabalhador é considerado vulnerável porque se encontra na situação, contingencial – ainda que duradoura – de trabalhador e sua vulnerabilidade atém-se às questões decorrentes do contrato de trabalho. Um acionista minoritário é considerável vulnerável apenas em relação à

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

sua participação societária, assim como o consumidor é vulnerável apenas em relação à relação de consumo. A vulnerabilidade contingencial está atrelada à qualificação jurídica da relação jurídica firmada, diferentemente da vulnerabilidade existencial, em que o vulnerável é tutelado por “ser”, não por “estar”. É-se vulnerável; está-se vulnerável.

É nesse sentido que se disse, anteriormente, que a vulnerabilidade existencial não comporta, de fato, comparações, sendo absoluta e não devendo ser confundida com mera posição de desigualdade. A vulnerabilidade contingencial, por outro lado, admite comparações e se aproxima, muito, da situação de desigualdade. A diferença entre a desigualdade e a vulnerabilidade está no fato da vulnerabilidade estar relacionada a uma concepção de um sujeito que é, acima de tudo, alguém frágil; enquanto a desigualdade não faz exigências desse tipo.

O reconhecimento da vulnerabilidade impacta diretamente nas relações entre justiça comutativa e distributiva. É direta e mais perceptível o impacto na justiça comutativa: nas relações privadas, notadamente nas de troca, a tutela do vulnerável visa corrigir a assimetria decorrente do caráter de fragilidade do vulnerável, de modo que a relação torna-se mais equilibrada e igualitária.

A vulnerabilidade afeta também a justiça distributiva: o bem a ser distribuído aqui é a própria posição de poderio. As relações jurídicas são vistas quanto à distribuição de bens entre os grupos sociais. Os grupamentos de vulneráveis encontram-se, pela fragilidade, em posição desvantajosa, e a tutela jurídica do vulnerável visa a corrigir essa desigualdade social, e não somente individual. A aplicação das tutelas aos vulneráveis atinge a justiça distributiva, num caráter social; e a justiça comutativa no âmbito individual.

É certo que mesmo essa classificação torna-se mais complexa quando se pensa em ações coletivas para tutela de interesses coletivos, em que o aspecto distributivo se torna mais nítido, até, que o seu aspecto comutativo.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

A vulnerabilidade funciona como ponte entre as justiças comutativa e distributiva, entre os aspectos individuais e sociais, entre o direito público e o direito privado, num exemplo típico da complexidade das relações das sociedades pós-modernas.

De tudo quanto se disse até aqui, já se pode arriscar uma conceituação da vulnerabilidade como categoria jurídica. A vulnerabilidade é a categoria jurídica que, reconhecendo a fragilidade intrínseca do ser humano, e a desigualdade e assimetrias decorrentes dessa posição de fragilidade, adota instrumentos tutelares para restabelecer o equilíbrio à relação jurídica na qual se veja presente.

3 A VULNERABILIDADE NOS DIVERSOS CAMPOS DO DIREITO PRIVADO.

Partindo dessa tentativa de conceituação, é importante discorrer sobre o tratamento que o sistema jurídico brasileiro dá à vulnerabilidade, observando, primeiramente, a Carta Constitucional de 1988, ou a chamada “Constituição Cidadã”.

Vale destacar, contudo, que, mesmo antes de 1988, já havia no Brasil legislações protetivas, como é o caso da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943), que já reconhecia a vulnerabilidade do empregado frente ao empregador, assim como a Lei das Sociedades Anônimas de 1976 (Lei 6.404/1976), que em diversas passagens contempla a vulnerabilidade dos acionistas minoritários frente aos majoritários, controladores ou preferenciais (artigo 117, inciso “a” e “c”, 161, inciso “a”, dentre outros).

É certo que o Código Civil de 1916 já amparava as vulnerabilidades ao reconhecer a incapacidade de alguns agentes de celebrar determinados negócios jurídicos (artigo 6º.do CC/1916²³),

23 Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I. Os menores de dezesseis anos.
- II. Os loucos de todo o gênero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.
- IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

ou ainda, ao impedir o homem maior de 60 anos ou a mulher maior de 50 anos de dispor a respeito do regime de bens no casamento²⁴, porém, a interpretação que se dava ao referido diploma, na maior parte das vezes, privilegiava a aplicação direta da Lei, tal qual se vê na proteção ao testador, quando imputava ao herdeiro o dever de provar sua incapacidade no momento de testar²⁵.

A adoção de novas teorias interpretativas da legislação, com influências socioeconômicas e parâmetros axiológicos, mais baseadas na função que na estrutura da lei, introduziu alterações na jurisprudência e, conseqüentemente, acabou por implantar legislações específicas que previam a aplicação da boa-fé, função-social e equidade como parâmetros de validade das previsões contratuais.

A teoria funcional do direito, que teve em Norberto Bobbio seu maior defensor²⁶, foi relevante na transição do estado repressor para o estado promocional, derivando delas novos parâmetros interpretativos dos negócios jurídicos.

²⁴ Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).

²⁵ Civil – Testamento público. Ação de nulidade de testamento público – Documento que tem suas declarações portadas por fé pública – Presunção de veracidade não elidida pelo depoimento de duas testemunhas instrumentárias que, vinte anos depois, declaram no curso da ação não recordar se assistiram o ato – circunstância atribuível à falibilidade da memória humana, considerando-se o grande tempo decorrido, higidez do documento, ademais, aferida por perícia técnica Nulidade Afastada. “Anulação de testamento público a fé pública do tabelião, conformada por testemunhas só pode ser elidida mediante prova indiscutível, o que no caso, não acontece” (Supremo Tribunal Federal RE 43077, 1ª Turma, rel. Ministro Cláudio Motta). Referência legislativa: Código Civil artigo 1632, incisos I e II. (TJ-PR – El: 57592602 PR 0057592-6/02, Relator: Ulysses Lopes. Data de julgamento: 18/11/1999, I Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: 5568), disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6496376/embargos-infringentes-civel-ei-57592602-pr-0057592-6-02>, acesso 02/07/2018.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder²⁷, signo sob o qual foi concebida a constituição de 1988, inaugurando, ainda que de maneira tardia, uma nova visão do Direito Privado.

Nesse prisma, a vulnerabilidade tem por base os princípios constitucionais da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, tal qual descrevem Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, ao tratar do novo direito privado e a proteção dos vulneráveis²⁸.

Derivada dessa nova visão constitucional, a legislação consumerista adotou de vez o princípio da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor, dando margem a uma nova vertente interpretativa das cláusulas contratuais, dentre as quais se destacam a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Também teve destaque a teoria do abuso do direito, inicialmente com maior repercussão nas relações de consumo, nas previsões do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com dedicação particular dos artigos 39 e 51 do referido Diploma Legal.

O Código Civil de 2002 entrou em vigor em um novo caldo interpretativo, resultado das influências da Constituição Federal de 1988, que marcou a transição entre o estado liberal para o estado social, introduzindo a técnica legiferante das cláusulas abertas, permitindo ao juiz uma maior interferência nas relações privadas, mesmo as ditas paritárias.

Os conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade nas relações contratuais tomaram vulto, ou seja, aqueles que, apesar de terem a capacidade de contratar, não tinham condições de discutir

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pág.371.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, BRUNO. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012., p.125 a 129.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

em um nível de igualdade as cláusulas e imposições contratuais, tinham a proteção do estado, em verdadeiro reconhecimento da justiça distributiva, conferindo ao juiz o chamado poder criativo, conferido pelo princípio da operabilidade que marca as chamadas cláusulas abertas.

Nessa visão operacional, o juiz deixa de ser mero aplicador do direito positivo e passa a ter papel fundamental na construção normativa, pois não só faz incidir a norma ao caso concreto, mas também cria o direito, a ponto de Mauro Capelletti afirmar que “toda interpretação é criativa, e sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.”²⁹

Dessa forma, ainda que tardiamente, é certo que a vulnerabilidade tem seu espaço no direito privado, tornando-se cada vez mais relevante sua análise na medida em que são necessários elementos para que o juiz possa intervir na relação e alterá-la de modo a reequilibrá-la, fator já reconhecido em situações em que a vulnerabilidade é presumida (ex.: relações trabalhistas, consumidor, relações locatícias, dentre outras) , mas não em outras, onde apesar de evidente, não há base legal para sua aplicação.

Na sequência, as situações de vulnerabilidade amparadas pela legislação serão abordadas, assim como as tentativas de estender seus efeitos para relações que, aparentemente, não evidenciam vulnerabilidades.

4 A VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A relações contratuais privadas, aí compreendidas todas as formas de contratação, quer sejam paritárias ou simétricas e também assimétricas ou que impliquem em vantagem presumida a um dos contratantes, têm tido tratamento diferenciado em se tratando da análise da vulnerabilidade, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

²⁹ CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, Trad. Carlos Alberto A de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999 p. 42.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Nas relações onde existe uma aparente simetria ou paridade entre os contratantes, é frequente a busca no enquadramento das regras de direito do consumidor para ver reconhecida a vulnerabilidade de uma das partes frente ao exercício irregular de uma conduta contratual. A exemplo disso destaca-se o voto da Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial 476428-SC, em que uma rede de hotéis questiona a relação mantida com a fornecedora de gás, na qual não era possível o aproveitamento total do produto fornecido por questões técnicas derivadas do armazenamento.

A despeito da teoria finalista reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça para se aplicar as relações de consumo nas operações entre empresas³⁰, o julgado em questão aprecia a matéria sob o viés da vulnerabilidade do contratante, conforme destaca o seguinte trecho da decisão:

De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre

³⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CDC. TEORIA FINALISTA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA. ACÓRDÃO RECORRIDO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VULNERABILIDADE. RECONHECIMENTO. SÚMULA N. 7/STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. PACTUAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. O posicionamento adotado no acórdão recorrido coincide com a orientação desta Corte Superior, a saber: “o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva)” (AgRg no AREsp n. 557.718/SP, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 10/6/2016). 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos e interpretação de cláusulas contratuais (Súmulas n. 5 e 7 do STJ). 3. O reconhecimento da situação de vulnerabilidade, a fim de se aplicar o CDC, exigiria reexame de questões fáticas. 4. No caso concreto, o Tribunal de origem, a partir do exame dos elementos de prova e da interpretação das cláusulas contratuais, concluiu pela existência de cláusula prevendo a capitalização mensal dos juros. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1218885/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 19/06/2018) – fonte <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=relacao+de+consumo+aplicacao+teoria+finalista&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>, acesso em 03/07/2018.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

fornecedores e consumidores-empresários. Superada a questão da “destinação final” do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência (aspecto processual) no caso concreto.³¹

Não obstante, a partir da vigência do atual Código Civil, com a aplicação das cláusulas abertas na interpretação das relações privadas, há novas fontes para se reconhecer a vulnerabilidade de uma das partes ainda que se trate de relação paritária, como, por exemplo, a regra do artigo 187³² do referido Código, que consolidou o teoria do abuso de direito.

Muito embora a positivação do abuso de direito no ordenamento privado brasileiro somente tenha ocorrido no ano de 2002, com a entrada em vigor do Código Civil e a contemplação do artigo 187, destacada e propositalmente na Parte Geral do *Codex*, a sua teoria já tinha amparo na jurisprudência.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916, em seu artigo 160, I, dizia que não se constituíam atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”, o que permitiu a aplicação da teoria do abuso de direito com base no princípio da boa-fé.

Assim, antes mesmo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, se antevia na casuística a adoção de princípios axiológicos na formação e interpretação do contrato, porém, na maioria das vezes baseados unicamente na individuação da boa-fé. Cláudia Lima Marques, inclusive, traça um perfil para se qualificar a vulnerabilidade na relação de consumo, definindo três tipos, a saber³³:

³¹ Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=resp+476428-SC+ou+resp+476428SC&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 03/07/2018.

³² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, págs. 320 e 321.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Vulnerabilidade Técnica: quando o consumidor não detém conhecimento específico sobre o objeto da contratação. Essa espécie de vulnerabilidade seria presumida em relação ao consumidor.

Vulnerabilidade Jurídica ou Científica: que se refere à falta de conhecimentos jurídicos ou específicos ao objeto da contratação. Situação também presumida para o consumidor não profissional ou a pessoa física.

Vulnerabilidade fática ou socioeconômica: na qual o consumidor está exposto a um monopólio, ou diante de um grande poderio econômico. Essa situação está intimamente ligada à hipossuficiência, que não permite ao contratante a discussão acerca das cláusulas e condições contratuais.

Igualmente, da legislação consumerista, como já mencionado, destacam-se elementos de aplicação prática para situar o abuso de direito, que ainda era timidamente aplicada às relações puramente privadas e, a princípio, paritárias, como por exemplo nos contratos de adesão, os quais também estão contemplados no Código Civil, prevendo a interpretação mais favorável ao aderente³⁴, o que por si só configura o reconhecimento de sua vulnerabilidade.

É prudente destacar que, teoricamente, as relações jurídicas reguladas pelo Código Civil Brasileiro seriam de natureza paritária e simétrica, presumindo-se o equilíbrio entre as partes. Não obstante, a constitucionalização do direito privado e a inserção no bojo codificado de princípios gerais e de cláusulas abertas, tuteladoras essencialmente da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade e dos contratos, abrem espaço para o reconhecimento, *in casu*, da vulnerabilidade e hipossuficiência de um dos polos da obrigação.

Desse modo, as cláusulas contratuais sofrem um novo viés interpretativo em decorrência da Constitucionalização do Direito Privado e do sistema legiferante das cláusulas abertas, introduzido a partir do princípio da operabilidade sob o qual foi concebido o atual Código Civil sobre o qual podem ser aplicadas, igualmente, as regras de vulnerabilidades antes aplicáveis somente ao âmbito consumerista, identificando-se nas relações hipóteses de vulnerabilidade técnica, jurídica ou científica ou fática.

³⁴ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

As cláusulas abertas, cujos principais exemplos estão nos artigos 113 (boa-fé objetiva), 421 (função social) e 187 (abuso de direito), todos do Código Civil Brasileiro, analisadas em consonância com os três princípios basilares de Miguel Reale, a saber, a eticidade, a socialidade e a operabilidade, são exemplos claros dessa influência interpretativa³⁵.

Ainda que a Constituição Federal responda pelos méritos da reestruturação do direito privado brasileiro, não se pode desprezar a importância do texto consumerista e do Código Civil de 2002.

Mesmo considerando as críticas feitas ao Código Civil de 2002, (o projeto de Miguel Reale remonta à década de 1970), há que se visualizar seu ordenamento em conformidade com as normas constitucionais, eis que foi a carta política de 1988 que inaugurou no Brasil o Estado Social.

Ademais, foi o Código Civil de 2002 que realmente inseriu no direito privado as chamadas cláusulas abertas da boa-fé objetiva, do abuso de direito e da função social, permitindo assim a visualização e aplicação da vulnerabilidade também as relações contratuais não amparadas pelas legislações especiais protetivas.

Ainda, o próprio Código Civil trouxe em seu texto previsões protetivas, como na hipótese dos contratos de adesão (artigo 423), na hipótese de vícios redibitórios, onde há claro privilégio ao

³⁵ Conforme retro anunciado, respectivamente contempladas, nos artigos 113 e 422, 187, e 421, do Codex, donde se lê: Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. REALE, Miguel. **O projeto de código civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

adquirente (artigos 441 a 446)³⁶; na hipótese de evicção (artigo 447)³⁷, na possibilidade de redução proporcional da cláusula penal para hipótese de abuso (artigo 413)³⁸, e outras situações que podem ser suscitadas ou abordadas pelas cláusulas gerais.

A exemplo de outras hipóteses previstas no Código Civil e em que se devem visualizar a vulnerabilidade, está a relação entre distribuidor e fabricante, onde o primeiro se sujeita a uma séria de regras e imposições para poder distribuir um determinado produto, cuja regulação no Código Civil carece de maiores elementos de proteção à parte vulnerável³⁹.

Essa vulnerabilidade reside principalmente sob o aspecto da dependência econômica que se estabelece entre fabricante e distribuidor, o qual acaba por limitar sua atividade a essa relação, ficando sem alternativas de persuasão ou barganha quando submetido às práticas de abuso de direito.

³⁶ Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Parágrafo único. É aplicável a disposição deste artigo às doações onerosas. Art. 442. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço. Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato. Art. 444. A responsabilidade do alienante subsiste ainda que a coisa pereça em poder do alienatário, se perecer por vício oculto, já existente ao tempo da tradição. Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis. § 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria. Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

³⁷ Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.

³⁸ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

³⁹ Artigos 710 a 721 do Código Civil.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

A respeito da vulnerabilidade empresarial, é prudente destacar a lição de Paula Castelo Miguel:

O critério subjetivo discriminador para a classificação dos contratos interempresariais em contratos entre iguais e contratos entre desiguais é, sem dúvida, a vulnerabilidade. Constatada a vulnerabilidade em um dos polos da relação contratual está-se diante de um contrato interempresarial entre desiguais. Não havendo constatação da vulnerabilidade de um dos polos da relação contratual, havendo paridade entre os contratantes, está-se diante de um contrato interempresarial entre iguais. Vulnerável é “aquele que de vulnera; diz-se do lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ferido”. O vulnerável é o mais fraco, aquele que não tem a mesma força, o mesmo poder, aquele que está subjugado a outrem. O conceito de vulnerabilidade é legítimo para atuar como critério discriminador, uma vez que fundamentou a proteção legal oferecida ao trabalhador e fundamentou, também, a proteção legal oferecida ao consumidor. A vulnerabilidade desses contratantes foi o elemento que levou à diferenciação dos contratos de trabalho e dos contratos de consumo dos demais regimes contratuais.⁴⁰

Também a Lei 4.886/1965, que regula a relação dos representantes comerciais possui, com um certo grau, o reconhecimento da vulnerabilidade do representante frente ao representado, principalmente na hipótese de resolução unilateral e imotivada do contrato, que deverá ser indenizada na proporção de 1/12 avos do valor total das comissões auferidas durante o período, acrescida do aviso prévio (previsões contidas no artigo 27, alínea “j” e artigo 34)⁴¹

⁴⁰ MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 128-129

⁴¹ Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

- a) condições e requisitos gerais da representação;
- b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;
- c) prazo certo ou indeterminado da representação;
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;
- e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;
- f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Nesse rol também se inclui a Lei de Locações (Lei 8.245/1991), já aprovada sob o manto da Constituição Federal de 1988, com o claro objetivo de fomentar a função social da propriedade. Além disso, a legislação locatícia traz em sua redação claro reconhecimento da vulnerabilidade do locatário frente ao locador, ao não permitir a retomada do imóvel antes do término do contrato (artigo 4º da Lei 8.245/1991)⁴², o direito de preferência na aquisição do imóvel (artigo 27 da Lei 8.245/1991)⁴³ o que prevê a possibilidade de renovação compulsórias nas relações locatícias comerciais (artigo 51 da Lei 8.245/1991)⁴⁴.

g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes;

i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual.

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado.

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo.

Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

⁴² Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

⁴³ Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

⁴⁴ Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Em recente reforma da Lei de Locações, foram introduzidas regras específicas para a locação em Shopping Center (artigo 54 de Lei 8.245/1991)⁴⁵, e também do sistema *Built to Suit*⁴⁶, onde se constrói um imóvel para atender as necessidades de determinado locatário (artigo 54-A da

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

§ 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

§ 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

§ 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo.

§ 4º O direito a renovação do contrato estende-se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

§ 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

⁴⁵ Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

§ 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*:

a) as despesas referidas nas alíneas *a*, *b* e *d* do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

§ 2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

⁴⁶ Como conceito, temos que o contrato *build to suit* é uma modalidade de negócio jurídico, realizado pela necessidade e interesse do destinatário em um determinado bem, com características específicas e peculiares, não encontrado ou indisponível no mercado, viabilizado por terceira pessoa, que se compromete a construir ou a empreender o negócio desejado, por si ou por outrem, mediante remuneração convencional (CASAGRANDE, Emmanuel; HASAGAWA, Luís. Contrato *build to suit* - aspectos jurídicos e a possibilidade de sua revisão judicial In HILÚ NETO, Miguel; BARROS, Aline Cardoso de (Coord. et al.) Questões atuais de direito empresarial. V. II, 1. ed. São Paulo: MP, 2009, p. 247).

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Lei 8.245/1991)⁴⁷, sendo que em ambas as situações há expressa previsão de que vale o que prevê o contrato, ou seja, *pacta sunt servanda*.

Todavia, não há como se desviar da aplicação das cláusulas abertas do Código de Defesa do Consumidor e, em havendo violação da boa-fé, da função social do Contrato, ou ainda, abuso de direito por qualquer das partes, com demonstração de vulnerabilidade, haverá que se restituir o equilíbrio contratual, ainda que haja resistência por parte dos julgadores⁴⁸.

É nesse sentido que se busca ampliar a aplicada da vulnerabilidade das partes, ampliando o leque do julgador quanto à possibilidade de uma interpretação mais equânime na revisão dos contratos, assegurando às partes a busca incessante da verdade material.

⁴⁷ Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convenionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencional, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

⁴⁸ LOCAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DO VALOR DO ALUGUEL. CONTRATO QUE ESTABELECE O MONTANTE EM PERCENTUAL SOBRE O FATURAMENTO ANUAL. PRETENSÃO AO MAJORAMENTO DA RENDA COM BASE NA MÉDIA DO M² DAS DEMAIS LOJAS DO EMPREENDIMENTO. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A ENSEJAR MODIFICAÇÃO DO QUE FOI CONTRATADO. PACTA SUNT SERVANDA. OBSERVÂNCIA. Os contratos devem ser cumpridos, regra consolidada no direito canônico com o brocardo *pacta sunt servanda*, hodiernamente insculpida no art. 422 do atual Código Civil. Assim, o Magistrado ao julgar a ação revisional de locação deve se ater ao prazo da prorrogação e valor do aluguel, mantendo as demais cláusulas contratuais pactuadas entre as partes, as quais somente podem ser alteradas se comprovada situação excepcional que onere demasiadamente uma das partes. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 0032796-39.2012.8.26.0482; Relator (a): Gilberto Leme; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2018; Data de Registro: 12/06/2018), disponível em : <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do?jsessionid=78D20EA6D648E957C06CA829CD00698D.cjsjg3>, acesso em 03/07/2018.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

5 CONCLUSÃO

Ainda que se possa dizer que a Constituição Federal de 1988 não dedicou um capítulo específico à tutela dos vulneráveis, há que se afirmar que suas bases estão fincadas no texto maior, eis que a interpretação e análise da proteção aos vulneráveis demanda obrigatoriamente a avaliação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

Enquanto a igualdade formal é uma das metanarrativas da modernidade, a pós-modernidade busca amparar as diferenças, baseando-se nos novos direitos humanos de forma a atingir a igualdade material

Nesse sentido, a vulnerabilidade não é somente um atributo que evidencia desvantagem devido à uma situação de fraqueza, fragilidade ou delicadeza, um estado ou condição física ou psíquica, ou ainda, a falta de técnica ou aperfeiçoamento na elaboração de um instrumento contratual ou negócio jurídico, mas reflete a possibilidade de atuação do julgador em situações onde se identifique a desproporção das obrigações, ou mesmo, a exacerbação ou exercício irregular de direitos.

Ainda que a definição alcançada no presente texto esteja longe da unanimidade, mesmo porque, no âmbito jurídico, a exemplo do direito francês, tem-se optado por tratar sobre situações ou fatores de vulnerabilidade, que propriamente como estado de coisas ou pessoas, há que se pensar as relações jurídicas de maneira a amparar determinadas situações e aplicar a igualdade material.

O ordenamento jurídico privado trata o tema vulnerabilidade como situação ou circunstância a que a parte envolvida está submetida, aparecendo como uma relação de forças consideradas naturais como o estado de saúde física ou mental, idade ou condição de manifestação da vontade, ou ainda, como uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas, na hipótese de obrigações derivadas de negócios jurídicos.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

Porém, através da aplicação dos princípios gerais do direito, tais como a igualdade material e respeito à dignidade da pessoa humana, além das cláusulas gerais de boa-fé, função social e vedação ao abuso de direito, é possível estender as hipóteses de vulnerabilidades a situações ditas paritárias.

É nesse intuito que o presente estudo busca ampliar o viés interpretativo da vulnerabilidade, aplicando-as também às regras de direito paritário, estendendo a todo o ordenamento privado às hipóteses de identificação do vulnerável, adotando-se as medidas necessárias para se restabelecer a equidade na relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, Trad. Carlos Alberto A de Oliveira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.
- CASAGRANDE, Emmanuel; HASAGAWA, Luís. Contrato build to suit - aspectos jurídicos e a possibilidade de sua revisão judicial In: HILÚ NETO, Miguel; BARROS, Aline Cardoso de (Coord. et al.) **Questões atuais de direito empresarial**. V. II, 1. ed. São Paulo: MP, 2009
- EYRAUD, Benoît; VIDAL-NAQUET, Pierre. **La vulnérabilité saisie par le droit. Revue Justice Actualités**, 2013, p. 3-10. Disponível em: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00863118>>. Acesso em 25.05.2018.
- FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (Org.). **Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

- FINEMAN, Martha. The vulnerable subject: anchoring equality in the Human Condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, 2008, vol. 20, n. 1, artigo 2.
- KOHN, Nina. Vulnerability theory and the role of government. **Yale Journal of Law and Feminism**, 2014, vol. 26, n. 1, artigo 2.
- LAMONT, Julian; FAVOR, Christi. Distributive Justice. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/justice-distributive>>. Acesso em 25.06.2017
- MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- REALE, Miguel. **O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.
- RICOEUR, Paul. **Autonomie et vulnérabilité**. Disponível em: <<http://www.fisp.org.tr/autonomie.htm>>. Acesso em 25.05.2018.
- SANDEL, Michael. **Justice: What's the right thing to do?** Ed. Kindle. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

A VULNERABILIDADE NO DIREITO PRIVADO: Do conceito às aplicações

ABSTRACT

This article discusses vulnerability as a legal concept and its applications to Private Law. Initially, it demonstrates how private law theory detached itself from a purely individualist view and embraced a more social *ethos*. After presenting Martha Fineman's theory of vulnerability and vulnerable subject and its implications to private law, the article analyzes how that concept of vulnerability can be found in several legal situations.

KEY-WORDS

Private law theory; vulnerability; civil law; contract law.